



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Magistrado Ponente

SC2769-2020

Radicación n° 76001-31-03-003-2008-00091-01

(Aprobada en sesión de doce de junio de dos mil diecinueve)

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por Cruz Blanca EPS S.A. frente a la sentencia de 18 de julio de 2014, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, dentro del proceso ordinario de Jorge Hugo Giraldo Torres y Clara Eugenia Ordoñez, en nombre propio y en representación de sus hijos menores Jorge Hugo, José Valentín, Marco Leandro y Santiago Giraldo Ordoñez, contra la impugnante y la Clínica Santillana de Cali S.A.

I.- EL LITIGIO

1.- Los accionantes solicitaron que se declararan contractualmente responsables a las demandadas por su

falta de cuidado y diligencia en la prestación de servicios médicos brindados a Santiago Giraldo Ordoñez, por lo que deben indemnizarles en forma solidaria los perjuicios morales como integrantes del grupo familiar, estimados en 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno, así como los fisiológicos causados al paciente y los materiales ocasionados al progenitor Jorge Hugo Giraldo Torres, a título de lucro cesante consolidado y futuro, ya que debe destinar el 25% de sus ingresos en la atención de su descendiente.

Como sustento informan que Jorge Hugo Giraldo Torres es cotizante de Cruz Blanca EPS S.A., donde tiene afiliados como beneficiarios a su cónyuge e hijos, razón por la cual dicha entidad se encargó del control prenatal de Santiago Giraldo Ordoñez, quien nació en la Clínica Santillana el 10 de mayo de 2005 en condiciones normales y le aplicaron las vacunas de Polio y B.C.G el 1° de junio.

Pasados 20 días, la madre se percató de que el bebé estaba inquieto y tenía fiebre, lo que buscó contrarrestar con acetaminofén y baño, pero al persistir los síntomas decidió llevarlo el 24 de ese mismo mes a la Clínica Santillana de Cali, donde el médico de urgencias recomendó seguir con el mismo tratamiento, que no era el indicado porque debió retornar al otro día en dos oportunidades sin que fuera revisado con prontitud, a pesar de que convulsionó dos veces y se lo hizo saber a la enfermera de turno.

En vista de la insistencia de Clara Eugenia, a eso de la una de la tarde el pediatra César Cruz Roa examinó al infante en medio de una convulsión prolongada y, ante una sospecha de meningitis, ordenó que le suministraran Midazolam, así como la práctica de una glucometría y un TAC cerebral simple. Cerca de las 9.00 p.m. el niño despertó inquieto y la doctora Angélica Duran lo sedó para hacerle una «*punción lumbar*» que no fue posible por falta de frascos estériles antibióticos, así que dispuso hospitalizarlo alrededor de las 10.00 p.m. y lo valoró a las 6.55 a.m., mientras sufría un episodio convulsivo que cedió luego de aplicarle Valium.

El 26 de junio a las 7.00 a.m. el médico Harold R. Urbano, luego de averiguar si le habían aplicado terapia respiratoria, mandó que le colocaran oxígeno y el envió a una Unidad de Cuidados Intensivos Pediátrico, por lo que fue remitido a la UCI Pediátrica de la Clínica Valle del Lili a las 9.00 a.m. con un diagnóstico de «*bronquiolitis sobreinfectada, síndrome compulsivo, descartar meningitis*» y un reporte de que el envió se debió a haberlo hallado «*somnoliento, casi estuporoso, con disnea moderada*».

El nuevo centro hospitalario lo recibió en regulares condiciones, febril, somnoliento, con disnea y «*crisis convulsivas tónico clónicas focalizadas del hemicuerpo derecho*»; se le hizo impresión diagnóstica de meningitis y al realizarle «*punción lumbar*» resultó «*patológica con aspecto turbio, presencia de abundantes polimorfonucleares y un látex positivo para neumococo*». Permaneció allí en

condiciones regulares de salud, sedado y con soportes ventilatorio y «atrópico» hasta que superó la crisis, pero quedó con problemas en el desarrollo neurológico, ciego y sordo, como consecuencia de la deficiente valoración en la primera institución (fls. 52 al 63 cno. 1).

2.- Cruz Blanca EPS S.A se opuso y excepcionó «inexistencia de causalidad», «cumplimiento de las obligaciones contractuales», «inimputabilidad de las presuntas consecuencias del acto médico» e «inexistencia de solidaridad» (fls. 130 al 150 cno. 1).

La Clínica Santillana de Cali S.A. guardó silencio, pero en la audiencia del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil compareció Clínica Santillana S.A. para que se tomara nota de que corresponde a una persona jurídica diferente de la anterior (fls. 223 al 239 cno. 1).

3.- El Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cali, en sentencia de 22 de julio de 2013, desestimó las defensas, declaró civil y solidariamente responsables a las personas jurídicas por los daños ocasionados a Santiago Giraldo Ordoñez y su familia cercana, condenándolas a pagar en salarios mínimos mensuales legales vigentes, al directamente afectado, 250 por daños a la vida de relación y 100 por perjuicios morales. Por ese último concepto igual monto para cada uno de sus padres Jorge Hugo y Clara Eugenia, mientras a sus hermanos Jorge Hugo, José Valentín y Marco Leandro, les reconoció individualmente 50 (fls. 984 al 1009 cno. 1).

4.- El superior, al desatar la apelación de Cruz Blanca EPS S.A., confirmó la determinación (fls. 47 al 68 cno. 5).

II.- FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO

No existe duda de que los promotores están legitimados para reclamar la reparación, ya que a pesar de la diferencia en el interés del lesionado y el de sus parientes su titularidad se respalda en los artículos 2341 y 2342 del Código Civil, en lo que jurisprudencialmente se ha reconocido como la «*doctrina del contragolpe o de rebote*» que habilita este camino a quienes se ven afectados por el hecho dañoso por detentar algún beneficio o interés moral o patrimonial que ha quedado cercenado, conculcado o menoscabado y así se dijo en CSJ SC-084-2005, 18 may. 2005, rad. 14415.

La legitimación en la causa por pasiva está dada ya que el libelo se dirige contra la EPS de la cual es beneficiario el infante y la IPS donde se desembocó el padecimiento. Toda vez que en el régimen de seguridad social en salud existe solidaridad entre las entidades y personas vinculadas al acto médico, cualquiera de los intervinientes en la relación puede demandar a la entidad promotora de salud encargada de la afiliación.

Los problemas jurídicos a dilucidar dentro de los límites de la apelación, consisten en determinar si a la EPS

le cabe responsabilidad por los actos de los médicos adscritos a una de las IPS de su red de prestadores del servicio de salud, siendo que su función es netamente administrativa; constatar si se comprobaron los elementos que la estructuran, específicamente el nexo causal entre el proceder de la IPS y el daño irrogado al infante; y si fue excesiva la tasación de perjuicios morales.

Al margen de la clasificación tradicional entre responsabilidad contractual si quien pide es el directo afectado y extracontractual cuando el perjuicio es de quienes lo sufren de manera refleja, el estudio se concreta a un tipo de responsabilidad por daños causados en la praxis médica y las consecuentes implicaciones que esto tiene en las instituciones del sistema de seguridad social en salud por el correlativo incumplimiento de los deberes de índole legal.

En cuanto a la responsabilidad de las Instituciones Prestadoras de Salud, de antaño la Corte en CSJ SC 8 sep. 1998, rad. 5143 y SC 26 nov. 2010, rad 1999-08667-01, dejó sentado que de los convenios con sus pacientes surgen diferentes obligaciones, esto es las derivadas del acuerdo y las que por ley le pertenecen, ya sea por *«el acto médico propiamente dicho, en ciertos actos de asistencia sanitaria de carácter auxiliar o en la actividad de hospitalización»*. Sin embargo, al entrar a regir la Ley 100 de 1993 y concurrir nuevas instituciones vinculadas en la prestación del servicio esa posición se revaluó para hablar de un *«criterio de responsabilidad basado en la generación de un riesgo en*

la salud del paciente por parte de la institución, (...) cuando es ésta quien potencializa las posibilidades de su ocurrencia, lo que bien puede implicar el deber de la institución de asumir las consecuencias derivadas de aquel».

Independientemente del vínculo que une a las Entidades Promotoras de Salud con sus afiliados y beneficiarios lo relevante es determinar el alcance de las obligaciones adquiridas por aquellas, según los lineamientos de los artículos 177 al 179 y 183 de la Ley 100 de 1993, consistentes en organizar y garantizar la prestación de los servicios de salud del plan obligatorio de salud, lo que implica *«disponer y preparar un conjunto de personas calificadas (Instituciones prestadoras de servicios de salud y profesionales en áreas relacionadas), incluidos los medios adecuados»* con ese fin, fuera de que se presten de acuerdo con los criterios científicos de las instituciones y médicos tratantes, así como establecer procedimientos de control en pos de que la atención brindada por las IPS sea integral, eficiente, oportuna y de calidad.

Aunque pareciera que se trata de una actividad netamente administrativa de consecución o recaudo de los recursos humanos, físicos y técnicos para la prestación del plan obligatorio de salud, tal labor también conlleva emitir autorizaciones para que las consultas médicas y los procedimientos terapéuticos puedan llevarse a cabo, a más de contratar con una red de servicios especializada en diferentes patologías, por lo que al ponerlos a disposición responden cuando *«el paciente, sea afiliado o beneficiario,*

recurre a aquellos para la recuperación de su salud, es decir, cuando la prestación del servicio de salud o relación paciente-médico, tiene como soporte o explicación el vínculo contractual ora legal subyacente entre la EPS y el afiliado o sus beneficiarios», como se dijo en CSJ SC rad. 1999-00533-01.

En consecuencia, al margen de la naturaleza de la relación entre el afiliado y su EPS, si se presenta una equivocada praxis médica en que aquel sufra una pérdida de salud en manos de la IPS, ipso jure, nace una responsabilidad solidaria de ésta y la EPS a la que esté vinculado, porque los galenos y centros hospitalarios obran como ejecutores de la obligación principal radicada en la EPS, y su deber de propender por la idoneidad de los mismos es de origen legal.

En esta oportunidad quedó por fuera de discusión que la Clínica Santillana S.A. brindó la atención al menor Santiago Giraldo Ordóñez como IPS vinculada a Cruz Blanca EPS, sin que sea necesario acudir a la incipiente propuesta de *«responsabilidad institucional»*, que opera en eventos de difícil demostración por el paciente de la culpabilidad, cuando aquí basta con escudriñar la presencia de los elementos para imputar la responsabilidad civil reclamada, como son *«la existencia de un contrato, el acaecimiento de un daño y su consecuente perjuicio material y moral, la relación o vínculo entre el daño y la actividad médica; y por último la imputabilidad a título de dolo o culpa»*.

El nexo entre Cruz Blanca y Jorge Hugo Giraldo, que vincula a su hijo Santiago en calidad de beneficiario, se da por sentado y no fue materia de discusión; mientras que el menoscabo en la salud del niño luego de ser tratado por la IPS se extrae de la historia clínica, ya que «*presentó secuelas neurológicas que le ocasionaron "retraso psicomotor, secuelas sensoriales corticales viso-auditivas/ trastorno deglución con gastrostomía/ epilepsia focal origen estructural/ secuelas MEB- encefalopatía hipoxica (sic) neonatal (...)*»», lo que también le generó una afectación moral tanto a él como a sus padres y hermanos, que resultan comprometidos en su cuidado y protección.

Vista la evolución que consta de los reportes entre el 24 de junio y el 11 de julio de 2005, lo indicado cuando uno de los médicos se percató de que el menor podía padecer una meningitis y que no podía hacer la punción lumbar por ausencia de frascos estériles para depositar el líquido cefalorraquídeo, era enviarlo inmediatamente a un centro hospitalario con los servicios necesarios para contrarrestar la patología presentada, a fin de que allí le hicieran los exámenes de rigor sobre la presencia de bacterias o virus, no esperar que se agravara la situación.

Desde un análisis con fundamento en la experiencia y la sana crítica, la falta de atención oportuna en un recién nacido con «*diagnóstico presuntivo de meningitis*» conduce a que la enfermedad se desate con toda la aquiescencia y facilidad, al no existir restricción o barrera médica que

impida su desarrollo y posteriores consecuencias, lo que es insuficiente para endilgar responsabilidad a la apelante, debiéndose auscultar si la IPS y su equipo médico actuaron de manera diligente y esmerada o, por el contrario, en forma dolosa o culposa, conforme a los criterios jurisprudenciales establecidos en CSJ SC 5 mar. 1940; SC 26 nov. 1986; SC 30 ene. 2001, rad. 5507; SC 11 sep. 2002, rad. 6430 y SC 13 sep. 2002, rad. 6199.

En esta ocasión la prueba testimonial y documental arroja la existencia de un retardo en utilizar los medios que dieran certidumbre sobre el diagnóstico del menor, así como en la remisión al lugar especializado en el tratamiento de enfermedades de alto riesgo, ya que en eso coincidieron *«todas las personas convocadas en el pleito»*, de lo que se *«columbra, que los resultados en grado de probabilidad sí hubiesen podido ser diferentes»*, por lo que fue debidamente acreditada *«la falta de diligencia y cuidado de la institución prestadora de salud»* y establecidos a cabalidad todos los presupuestos de la responsabilidad civil, de la que es solidaria Cruz Blanca EPS.

Frente a los perjuicios morales, que son de tasación discrecional del fallador y no un asunto de cuantificación por perito, se encuentra conducente la estimación que hizo el *a quo* en vista de la discapacidad permanente con que quedó el infante.

III.- LA DEMANDA DE CASACIÓN

Recurrió en casación Cruz Blanca EPS S.A. y formula dos ataques por la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, que se desatarán en el orden propuesto, bajo los parámetros de esa compilación ya que estaba vigente en la época en que se interpuso la opugnación (1° de agosto de 2014), a la luz del numeral 5 del artículo 625 de la Ley 1564 de 2012.

PRIMER CARGO

Acusa la violación directa de los artículos 2344 del Código Civil, por aplicación indebida; 177, 178, 179 y 183 de la Ley 100 de 1993 y el 2° del Decreto 1485 de 1994, por interpretación errónea.

Según el Tribunal las EPS, así no brinden directamente servicios médico asistenciales, responden solidariamente con las IPS por los daños causados a los pacientes cuando se presten de manera deficiente, tardía, inoportuna o equivocada, en vista de que deben asegurar y garantizar su idoneidad.

Esa conclusión es equivocada porque ninguna norma del ordenamiento jurídico así lo establece y *«cuando no hay ejecución de conducta alguna, por acción o por omisión, que concorra a la causación del daño, bajo ninguna circunstancia puede predicarse el surgimiento de la obligación indemnizatoria»*, como dispone en su recta inteligencia el

artículo 2344 del Código Civil, ya que es imprescindible que al hablar de múltiples responsables *«el sujeto respecto de quien se predica solidaridad en la obligación de resarcir haya concurrido con su conducta a la generación del daño»*, como se explicó en CSJ SC 11 sep. 2002, rad. 6430. Pensar en contrario llevaría a imponer la carga resarcitoria a quien nada tuvo que ver con la generación del daño.

No puede decirse de manera general y absoluta que existe una solidaridad ciega de las EPS porque les corresponde prestar el servicio, directa o indirectamente, toda vez que si su obligación se limita a permitir que el paciente sea atendido en una institución en desarrollo de sus funciones legales y así sucede, queda libre de responder en forma solidaria por los perjuicios que sean consecuencia de la deficiente, inadecuada o inoportuna prestación del servicio.

Revisados los artículos 178 y siguientes de la Ley 100 de 1993, lejos están de consagrar dicha responsabilidad solidaria de la EPS por los daños que sufre un paciente atendido por una IPS o la carga de garantizar que los profesionales de éstas cumplan con todos los protocolos y sigan los procedimientos que la ciencia médica aconseja, como equivocadamente dedujo el *ad quem*. Tales preceptos a lo sumo prevén es que *«al paciente, usuario, afiliado, cotizante, etc, se le va a prestar un servicio y que éste va a estar cubierto por los respectivos planes de salud»*.

No se desconoce el contenido de CSJ SC 17 nov. 2011,

rad. 1999-00533-01, donde se señaló en forma general que las EPS responden solidariamente con las IPS, en virtud del deber que tienen de asegurar y garantizar que los servicios prestados a los usuarios sean idóneos y eficaces; sin embargo, tal precedente no es fruto de una jurisprudencia constante o inveterada de la Corte ni constituye doctrina probable, por lo que resultaría útil abordar de nuevo el estudio del tema, con mayor razón cuando allí se invoca el artículo 2° del Decreto 1485 de 1994 como sustento y en su texto nada aflora sobre el particular.

CONSIDERACIONES

1.- Del Sistema de Seguridad Social en Salud

La seguridad social, que tiene la categoría de derecho humano universal, corresponde a un sistema estructurado para obtener la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales de toda persona, en pos de su libre desarrollo y con respeto a la dignidad que merece cada individuo. Su trascendencia es tal que el artículo 48 de la Constitución Política la define como un «*servicio público de carácter obligatorio*» a prestar bajo la «*dirección, coordinación y control del Estado*», con la precisión de que es un derecho irrenunciable.

Precisamente, una de sus manifestaciones es el servicio de salud, que se trata individualmente en el artículo 49 ibídem como un servicio público a cargo del Estado y cuyo acceso debe ser garantizado a la luz de los

«*principios de eficiencia, universalidad y solidaridad*», bajo los cuales pueden prestarlo entidades privadas sujetas a vigilancia y control oficial, ofreciendo mayor énfasis de protección a la población más vulnerable, toda vez que los artículos 44 y 50 ejusdem prevén que «*la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social*» son derechos fundamentales de los niños y que los menores de un año que no cuenten con cobertura tendrán derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado.

Con el propósito de desarrollar esos preceptos de orden superior, se expidió la Ley 100 de 1993 por medio de la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral, que se rige por los principios del artículo 2, así:

a) **Eficiencia.** *Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente;*

b) **Universalidad.** *Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida;*

c) **Solidaridad.** *Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.*

Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de Seguridad Social mediante su participación, control y dirección del mismo.

Los recursos provenientes del erario público en el Sistema de Seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables;

d) **Integralidad.** *Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley;*

e) **Unidad.** *Es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines*

de la seguridad social, y

f) **Participación.** Es la intervención de la comunidad a través de los beneficiarios de la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto.

Dicha compilación buscó unificar la normatividad y la planeación de la seguridad social, así como coordinar a las entidades involucradas en el tema, para garantizar: «las prestaciones económicas y de salud a quienes tienen una relación laboral o capacidad económica suficiente para afiliarse al sistema»; «la prestación de los servicios sociales complementarios» allí señalados; y «la ampliación de cobertura hasta lograr que toda la población acceda al sistema» (art. 6).

El Estatuto precisó entonces que el «Sistema de Seguridad Social Integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios» allí definidos (art. 8°).

Desde esos principios inspiradores se vislumbra una complejidad en cuanto a los nexos que unen a todos los implicados en el Sistema, ya que se fija como destinatarios iniciales del mismo a quienes perciban ingresos derivados de una relación de trabajo, en la cual el empleador y sus colaboradores asumen ciertas cargas económicas en pos de beneficiarse de los diferentes regímenes; así como aquellos que a pesar de carecer de un vínculo de tal naturaleza cuentan con una suficiencia de recursos que les permite

costear íntegramente el aporte periódico con igual propósito. A su vez prevé como encargadas de brindar la compensación a tal esfuerzo a un *«conjunto armónico de entidades públicas y privadas»*, entre las cuales pueden existir múltiples acuerdos de negocios, que si bien deben estar ceñidos a las exigencias del *«Sistema»*, también se rigen por las normas de derecho público y privado de acuerdo a sus alcances y especificidades.

Ya en lo que respecta al Sistema de Seguridad Social en Salud, tratado en el segundo libro de ese cuerpo regulatorio, se prevé entre las diferentes reglas a cumplir las de protección integral en las fases de *«educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia»*; libre escogencia de los usuarios *«entre las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios»*; y el establecimiento de mecanismos de control que garanticen la calidad de los servicios para una *«atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y prácticas profesional[es]»* (art. 153).

La estructura del Sistema en dicho campo quedó delimitada en el artículo 155, donde se discrimina su conformación por organismos de dirección, vigilancia y control (Ministerios de Salud y Trabajo, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y la Superintendencia

Nacional en Salud), los organismos de administración y financiación (Entidades Promotoras de Salud, las Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de Salud y el Fondo de Solidaridad y Garantía), las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, públicas, mixtas o privadas, demás entidades de salud adscritas a los Ministerios aludidos, los empleadores, trabajadores y sus organizaciones, así como los cotizantes independientes y los pensionados, los beneficiarios instituidos en todas sus modalidades; los Comités de Participación Comunitaria y las organizaciones comunales que participen en los subsidios de salud.

2.- Las obligaciones del Sistema.

Aunque las Entidades Promotoras de Salud figuran entre los organismos de administración y financiación, sus funciones van mucho más allá, como se desprende del artículo 156 al fijar las características básicas del «Sistema» y partir del supuesto de que todos los habitantes *«deberán»* afiliarse a aquellas para que *«previo el pago de la cotización reglamentaria o a través del subsidio que se financiará con recursos fiscales, de solidaridad y los ingresos propios de los entes territoriales»* reciban un *«plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales»* denominado Plan Obligatorio de Salud. Es de advertir que el recaudo del aporte está a cargo del Fondo de Solidaridad y Garantía, pero éste puede delegar tal función a las Entidades Promotoras de Salud, sin que haga parte de sus ingresos propios, ya que lo que

perciben las EPS son las Unidades de Pago por Capitación (UPC) por cada afiliado y beneficiario, conforme al valor que establece periódicamente el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Incluso en el literal e) se insiste en que las Entidades Promotoras de Salud tienen a cargo *«la afiliación de los usuarios y la administración de la prestación de los servicios de las instituciones prestadoras»* y están obligadas a suministrar al afiliado que *«pague la cotización o tenga el subsidio correspondiente, el Plan Obligatorio de Salud, en los términos que reglamente el Gobierno»*, cargas que se reiteran al definir las en el artículo 177 como *«las entidades responsables de la afiliación y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía»*, cuya *«función básica será organizar y **garantizar** -se resalta-, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados»*, añadiendo luego que les compete *«[o]rganizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional»*, *«[d]efinir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las Instituciones Prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia»* y *«[e]stablecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud»* (art. 178 nrals. 3, 4 y 6).

El ingreso al sistema surge de la afiliación a la EPS seleccionada, pero anejas a ella existen otras situaciones necesarias para alcanzar el objetivo primordial de lograr una óptima cobertura del POS mediante la prestación del servicio de salud con la colaboración de diversos especialistas puestos a disposición de los usuarios, así como Instituciones Prestadoras de Salud, ya sea que unos y otras hagan parte o no de la organización, lo que le confiere una naturaleza jurídica especial e intrincada a dicho sistema.

Por su lado el afiliado cuenta con la posibilidad de elegir la Entidad Promotora de Salud, así como las *«instituciones prestadoras de servicios y/o los profesionales adscritos o con vinculación laboral a la Entidad Promotora de Salud, dentro de las opciones por ella ofrecidas»* (art. 156 lit. g), con la tranquilidad de que el Plan Obligatorio de Salud no solo lo ampara a él sino que comprende una *«protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad»* (art. 162 y 163).

Puestos en contexto, la función de las EPS de *«garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio»* a que se refiere el artículo 177 de la Ley 100 de 1993 debe ser vista más allá del mero *«contrato de afiliación»*, como si su único efecto fuera la recaudación

por delegación de aportes y la administración de recursos, para extender sus alcances al fin primordial de lograr una óptima cobertura en el servicio social de salud.

Basta observar cómo el término «*garantía*» en una de las acepciones que trae el DRAE significa «*efecto de afianzar lo estipulado*», de ahí que tanto para el afiliado como sus beneficiarios la Entidad Promotora de Salud por la que se optó está en la obligación de respaldar que la atención en materia de salud se brinde de manera «*eficiente, oportuna e integral*» dentro de los lineamientos trazados en el plan obligatorio de salud, por medio de las IPS y médicos que hagan parte de ella o estén vinculados a la misma por cualquier otra relación jurídica.

Por lo tanto, no es suficiente que se facilite el acceso de los usuarios a los centros de atención hospitalaria o los especialistas particulares, ya sea que obren por cuenta de las EPS o como agentes alternos, para que se entienda cumplido el cometido de éstas dentro del marco de la Ley 100 de 1993 y las demás normas complementarias, toda vez que su compromiso se extiende a propender porque se logren evitar las afecciones previsibles y superar satisfactoriamente los padecimientos detectados, todo ello con prontitud y brindándole al paciente un trato acorde con la dignidad humana.

Esa situación se evidencia incluso en el Decreto 1485 de 1994, por el cual se regula la organización y funcionamiento de las Entidades Promotoras de Salud y la

protección al usuario en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, que en su artículo 2° recalca que las EPS son «**responsables**» de «[a]dministrar el riesgo en salud de sus afiliados, procurando disminuir la ocurrencia de eventos previsibles de enfermedad o de eventos de enfermedad sin atención, evitando en todo caso la discriminación de personas con altos riesgos o enfermedades costosas en el Sistema», además de «[o]rganizar y garantizar la prestación de los servicios de salud previstos en el Plan Obligatorio de Salud, con el fin de obtener el mejor estado de salud de sus afiliados con cargo a las Unidades de Pago por Capitación correspondientes», por lo cual deben gestionar y coordinar la oferta de servicios de salud, directamente o a través de la contratación con IPS y profesionales de la salud, implementar sistemas de control de costos, informar y educar a los usuarios para el uso racional del sistema y establecer procedimientos de garantía de calidad para la atención integral, eficiente y oportuna de los usuarios en las instituciones prestadoras de salud (literales b. y d.).

Esa normatividad vista en conjunto despeja cualquier duda en cuanto a una participación restringida y limitada de las Entidades Promotoras de Salud, como si se tratara de unas meras captadoras de afiliados y gestoras en el manejo de los recursos, ya que su labor se extiende a lograr el cumplimiento cabal de los fines primordiales del sistema de seguridad social de «prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia» frente a los riesgos que atentan contra la salud de los usuarios.

Bajo esas mismas premisas en CSJ SC 17 nov. 2011, rad. 1999-00533, se llamó la atención en que

[e]l principio del sistema organizado, administrado y garantizado por las Entidades Promotoras de Salud (EPS), la calidad en la prestación de los servicios de salud, atención de las condiciones del paciente según las evidencias científicas, y la provisión "de forma integral, segura y oportuna, mediante una atención humanizada" (artículo 153, 3.8, Ley 100 de 1993).

En idéntico sentido, las Entidades Promotoras de Salud (EPS), son responsables de administrar el riesgo de salud de sus afiliados, organizar y garantizar la prestación de los servicios integrantes del POS, orientado a obtener el mejor estado de salud de los afiliados, para lo cual, entre otras obligaciones, han de establecer procedimientos garantizadores de la calidad, atención integral, eficiente y oportuna a los usuarios en las instituciones prestadoras de salud (art. 2º, Decreto 1485 de 1994).

Igualmente, la prestación de los servicios de salud garantizados por las Entidades Promotoras de Salud (EPS), no excluye la responsabilidad legal que les corresponde cuando los prestan a través de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) o de profesionales mediante contratos reguladores sólo de su relación jurídica con aquéllas y éstos. Por lo tanto, a no dudarlo, la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuna, lesiva de la calidad exigible y de la lex artis, compromete la responsabilidad civil de las Entidades Prestadoras de Salud y prestándolos mediante contratación con Instituciones Prestadoras de Salud u otros profesionales, son todas solidariamente responsables por los daños causados, especialmente, en caso de muerte o lesiones a la salud de las personas.

Incluso en CSJ SC 17 sep. 2013, rad. 2007-00467-01, en un pleito de responsabilidad contractual entre una EPS y una IPS, se ilustró que

(...) quien asume la responsabilidad por una adecuada prestación del servicio médico en el sistema general de seguridad social en salud son las EPS, entidades que pueden poner a disposición de los afiliados las IPS que sean de su propiedad, pero que cuentan con autonomía técnica, financiera y administrativa dentro de un régimen de delegación o vinculación que garantiza un servicio más eficiente; o con IPS y profesionales

especializados que le son ajenos, con los cuales celebren los respectivos pactos.

Y desde la perspectiva del sujeto protegido y su derecho a una adecuada asistencia dentro del sistema de seguridad social en salud, en CSJ SC17137-2014 quedó previsto que

(...) si bien la relación jurídica de la seguridad social, ha sido explicada ya como una relación de tipo bilateral de la que surgen obligaciones recíprocas de las partes, o como una relación en la que las obligaciones de cotización y prestación no son interdependientes o conmutativas, es lo cierto que se presenta como un vínculo sui generis, que engloba o subsume otras relaciones jurídicas instrumentales como las que se dan con ocasión de la afiliación, la cotización y la protección, en las que intervienen diversos sujetos (empleador, entidad promotora de salud, institución prestadora de salud, cotizantes, beneficiario). Por el lado de los sujetos protegidos, y para lo que interesa en el caso que se estudia, está en primer lugar el cotizante y subsecuentemente las personas de su núcleo familiar, en calidad de beneficiarios, quienes tienen frente al prestador de los servicios derecho a solicitarlos en los términos y con los alcances establecidos por la normatividad vigente.

Sobre el particular indica José Almanza:

“la posición jurídica subjetiva el sujeto protegido en la relación principal de seguridad social es lo suficientemente amplia para comprender las situaciones subjetivas de las relaciones subordinadas, de tal forma que una misma persona, siendo sujeto protegido, puede ser afiliado o no, cotizante o no, beneficiario o no. Si concurren en la misma persona las presunciones subjetivas o algunas de ellas, quiere decir que adopta posición distinta en cada una de las relaciones, vistiendo ropajes jurídicos diversos, pero, por encima de ellas, y en orden a la relación principal, es sujeto protegido” (Almanza Pastor, José M., Derecho de la seguridad social, Tecnos, 7ª ed., Madrid, 1991, página 129).

Tema que también fue tratado en CSJ SC8219-2016, en un caso por omisión en la prestación del servicio, donde se previno que

[l]a «atención de la salud» a que alude expresamente el artículo 49

de la Constitución Política, como una de las manifestaciones de la «seguridad social», tiene especial relevancia por su incidencia en la inviolabilidad del «derecho a la vida» de que trata el artículo 11 ibídem, pues, una deficiencia en la prestación del servicio puede culminar con una afrenta directa a éste último.

Es por esto que la labor regulatoria del Estado sobre la materia debe responder a patrones de eficiencia e idoneidad que brinden una especial protección a la población débil y necesitada, como se acotó en SC 17 sep. 2013, rad. 2007-00467-01, al precisar que

[p]or medio de la Ley 100 de 1993 se creó el sistema de seguridad social integral, con el objeto de garantizar los derechos irrenunciables de toda persona y la comunidad en general, para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que las afectan (...) Corresponde a un servicio público obligatorio, que es direccionado, coordinado y controlado por el Estado, pero que puede ser prestado por entidades públicas o privadas, ya sea que se trate de los regímenes generales de pensiones, salud, riesgos profesionales y los aspectos sociales complementarios (...) En lo que se refiere concretamente al tema de salud, su fin está encaminado a crear condiciones de acceso para toda la población en los diferentes niveles de atención, aplicando los principios de universalidad; solidaridad; igualdad; obligatoriedad; prevalencia de derechos; enfoque diferencial; equidad; calidad; eficiencia; participación social; progresividad; libre escogencia; sostenibilidad; transparencia; descentralización administrativa; complementariedad y concurrencia; corresponsabilidad; irrenunciabilidad; intersectorialidad; prevención y continuidad.

Al entrar a analizar la incidencia de los diferentes eslabones que conforman la cadena de intervinientes dentro del sistema de seguridad social en salud, frente a una deficiente prestación del servicio, en SC13925-2016 se acotó que

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

Uno de esos deberes es el que la Ley 100 de 1993 les asigna a las empresas promotoras de salud, cuya «función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados (...).» (Art. 177)

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

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

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

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

La función que la ley asigna a las IPS las convierte en guardianas de la atención que prestan a sus clientes, por lo que habrán de responder de manera solidaria si se demuestran en el proceso los demás elementos de la responsabilidad a su cargo, toda vez que las normas del sistema de seguridad social les imponen ese deber de prestación del servicio.

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

La atención médica de hoy en día requiere habitualmente que los

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

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

De manera que para imputar responsabilidad a los agentes singulares de la organización, el juez habrá de tomar en cuenta sólo aquellas acciones, omisiones o procesos individuales que según su marco valorativo incidieron de manera preponderante en el daño sufrido por el usuario y cargarlos a la cuenta de aquellos sujetos que tuvieron control o dominio en la producción del mismo. De este modo se atribuye el hecho dañoso a un agente determinado, quien responderá en forma solidaria con la EPS y la IPS, siempre que confluyan en ellos todos los elementos de la responsabilidad civil.

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

Así, por ejemplo, si se demuestra en el proceso que el evento adverso se produjo por falencias organizacionales; errores de coordinación administrativa; políticas empresariales que limitan al médico en la utilización del tiempo que requiere para brindar una atención de calidad al usuario; o restringen su autonomía para prescribir los procedimientos, medicamentos o tratamientos que se requieren para la recuperación de la salud del usuario, tales como exámenes de laboratorio, imágenes diagnósticas o ecografías, tomografías axiales computarizadas, etc., o cualquier otra razón atribuible a las empresas promotoras o a las

instituciones prestadoras del servicio de salud, entonces los agentes médicos quedarán exonerados de responsabilidad porque el daño ocasionado al cliente del sistema de salud no podrá considerarse como obra suya sino de la estructura organizacional.

Más adelante agrega que

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

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

En el reciente pronunciamiento CSJ SC9193-2017 se insistió en que por mandato legal las EPS «son las responsables de cumplir las funciones indelegables del aseguramiento, la representación de los afiliados ante las instituciones prestadoras, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la asunción del riesgo transferido por el usuario», reiterando que

[l]a cultura de calidad total del servicio de salud y seguridad del paciente tiene repercusiones directas en el derecho de la responsabilidad civil, pues en el entorno del sistema obligatorio de calidad de la atención en salud las demoras en la prestación del servicio; el uso de tecnología obsoleta; la ausencia de tratamientos y medicamentos de utilidad comprobada por la medicina evidencial; la despreocupación por la satisfacción del cliente y la falta de atención de sus necesidades asistenciales; la falta de disciplina en el acatamiento de reglamentos tales como

guías, normas técnicas y reglas de diligenciamiento de la historia clínica; la insuficiencia de continuidad e integralidad del servicio; la complacencia frente a malas prácticas y su ocultamiento; y en fin, la carencia de un pensamiento orientado al proceso y desarrollo de estrategias que aseguren un mejoramiento continuo e interminable del servicio de salud que involucre a todas las personas de los distintos niveles de la jerarquía, son circunstancias constitutivas de responsabilidad organizacional por deficiente prestación del servicio cuando lesionan con culpa la integridad personal del paciente; lo que afecta la sostenibilidad económica del sistema por mayores costos de tratamientos de eventos adversos y pagos de indemnizaciones por daños ocasionados a los usuarios.

Como se puede concluir del anterior recuento jurisprudencial, existe un criterio consolidado en lo que implica para las Entidades Promotoras de Salud cumplir a cabalidad con la administración del riesgo en salud de sus afiliados y los beneficiarios de éstos, así como garantizar una idónea prestación de los servicios contemplados en el plan obligatorio de salud, toda vez que su desatención, dilación o descuido, ya sea que provenga de sus propios operadores o de las IPS y profesionales contratados con tal fin, es constitutiva de responsabilidad civil.

3.- Caso concreto.

Desde la perspectiva expuesta, carecen de peso las afirmaciones de la recurrente con las que busca eludir su grado de compromiso frente a las deficiencias de atención médica que se dieron por establecidas en el presente asunto y que por la naturaleza del embate se tornan incontrovertidas.

Es de advertir que quedó por fuera de discusión, de

igual manera, la clase de reclamación respecto de cada uno de los gestores, ya que el Tribunal pasó por alto si se hacía desde la órbita contractual o extracontractual dependiendo de las aspiraciones de cada uno, toda vez que en su sentir *«el análisis aquí debe contenerse a un tipo de responsabilidad por daños causados en la praxis médica y las consecuentes implicaciones que esto tiene en las instituciones del sistema de seguridad social en salud por el correlativo incumplimiento de los deberes de índole legal»*, aspecto de interpretación jurídica que no mereció reparo para los opugnadores, a pesar de que se insiste en el fallo que

(...) al margen del vínculo que une a unos y otras, precisa la Sala, lo medular es determinar, por efecto de esa relación, sea convencional o estrictamente legal, las obligaciones específicas que se derivan de la misma, puntualizando que de un lado la EPS debe organizar y garantizar la prestación de los servicios de salud del Plan Obligatorio de Salud, y de otro el afiliado debe, o pagar directamente el valor de la cotización, los pagos por capitación, y los copagos, o realizar el aporte para que su empleador proceda a aquel pago.

De tal manera que lo único que rebaten los inconformes por esta senda es la deducción extraída del análisis conjunto de los artículos 177 al 179 y 183 de la Ley 100 de 1993, según la cual

[p]acífico resulta entonces, la existencia de responsabilidad de las Entidades Promotoras de Salud, cuando el servicio médico recibido por sus afiliados o beneficiarios, se finca o soporta en la afiliación que por virtud de la ley es efectuada por éstos para con la entidad cuestionada, en otras palabras, puede predicarse responsable la EPS cuando los actos u omisiones médicas que afectan la salud de los afiliados, son generados como consecuencia de su vinculación al Sistema de seguridad social en salud. Por consiguiente, se advierte plausible de cara a las disposiciones legales y jurisprudenciales, reclamar de dichas entidades la acción que aquí se intenta.

Tal raciocinio no es arbitrario ni desfigura la naturaleza jurídica de la opugnadora como garante de que la prestación del servicio médico solicitado por sus afiliados y el grupo familiar que detenta la categoría de beneficiarios, sea adecuado, suficiente y tempestivo. Por el contrario, está acorde con la hermenéutica que en forma reiterada ha dejado plasmada la Corte respecto de la estructuración del sistema integral de seguridad social en salud a la luz de la Ley 100 de 1993 y demás normas complementarias, así como al alcance de las funciones allí asignadas a las Entidades Promotoras de Salud, como se dejó expuesto en un comienzo.

De ahí que ningún desacierto puede atribuirse a que en el fallo confutado, establecidos como se tuvieron los supuestos constitutivos de responsabilidad médica, se precisara que

(...) teniendo presente lo ampliamente dicho sobre la solidaridad en la responsabilidad civil de las EPS's con relación a los actos de los galenos y las clínicas por ellas contratadas, de forma prístina se concuerda que existe relación entre Cruz Blanca EPS, la demora en la atención médica ofrecida al pequeño demandante y sus consiguientes resultados fatales.

Ahora bien, el que se hiciera énfasis en la solidaridad existente entre la EPS y la IPS, no constituye un desafuero porque la atención fuera brindada en esta última por un encargo preestablecido de la primera y son dos personas jurídicas diferentes, ni mucho menos el desconocimiento de un precedente (CSJ SC 11 sep. 2002, rad. 6430) porque en

su sentir es imprescindible que al hablar de múltiples responsables en los términos del artículo 2344 del Código Civil *«el sujeto respecto de quien se predica solidaridad en la obligación de resarcir haya concurrido con su conducta a la generación del daño»*.

Precisamente al analizar la providencia a que se refiere la censorsa, antes que develarse una deficiente labor de aplicación normativa se deduce lo contrario, ya que en ese debate de responsabilidad médica donde se accionó contra un centro de atención y un especialista designado para llevar a cabo un procedimiento quirúrgico, se estableció la obligación de reparación solidaria en vista de la *«unidad de objeto prestacional y la relación existente de los codeudores entre sí y de éstos con el acreedor»*, lo que acompasa con la situación que fue sometida a escrutinio en esta oportunidad.

Al respecto en la invocada CSJ SC 11 sep. 2002, rad. 6430, se dejó sentado que

[d]esde luego que esta unidad de tratamiento tiene asidero no sólo en la estructura fáctica de la relación obligacional establecida entre las partes del proceso, sino en los efectos que a partir de ella se derivan, porque con independencia del vínculo existente entre la clínica y el médico, lo cierto es que la atención al paciente (acreedor) por dicho profesional, fue dispuesta por la primera, se repite, con el consentimiento del último. De modo que la culpa del señalado agente es la culpa de la sociedad, en los términos del art. 1738 del C. Civil, que en atención al vínculo existente con el agente, estatuye como parte integrante del hecho o culpa del deudor, el hecho o culpa del agente, porque al fin de cuentas, como quedó dicho, se trata de la responsabilidad derivada del incumplimiento de una misma prestación, que por lo demás lesiona el mismo interés y produce el mismo daño, lo cual como seguidamente se analizará, incide en el campo de la solidaridad.

Respecto de este tema, es decir, el de la solidaridad, al contrario de lo que piensa el recurrente, la Corporación entiende que ésta nace de la propia ley, que es una de sus fuentes, (art. 1568 del C. Civil), concretamente de la aplicación del principio general consagrado por el art. 2344 del C. Civil, eficaz para todo tipo de responsabilidad, porque lo que hizo el Tribunal no fue otra cosa que a partir de la demostración de la propia culpa del médico, deducir una responsabilidad directa, concurrente con la culpa contractual, no controvertida en este cargo, de la otra codemandada. En otras palabras, lo claro es que la solidaridad no surgió de una inexistente pluralidad de sujetos contratantes, como lo plantea el impugnante, sino de la propia ley, o sea el art. 2344, en tanto el juzgador consideró que el perjuicio había sido consecuencia de la culpa cometida por dos personas, una de ellas el médico encargado del tratamiento. Por supuesto que para arribar a esta nueva conclusión, vuelve a jugar papel determinante la estructura y el vínculo obligacional que hubo de quedar verificado, porque es la unidad de objeto prestacional y la relación existente de los codeudores entre sí y de éstos con el acreedor, en la forma como quedó averiguada, ligadas a la identidad del interés lesionado y del daño producido, la que permite hacer el predicamento de solidaridad que antes se expresó, porque como explica Adriano de Cupis al ocuparse de situaciones como la que ahora se estudia, para poder sostener la tesis de la solidaridad, "Es decisivo... que tales comportamientos concurren en la lesión del mismo interés y en la producción del mismo daño". Precisamente, agrega, "la diversidad de título, es decir, del fundamento de la responsabilidad, no excluye su solidaridad, porque deriva de comportamientos concurrentes a la producción del mismo daño".

Ahora bien, la solución dada al caso a partir de interpretar extensivamente el art. 2344 del C. Civil, para comprender en él la solidaridad en el marco contractual que se examina, en consideración, claro está, a las circunstancias propias del caso, no ha sido extraña a la práctica judicial foránea, particularmente la jurisprudencia chilena, donde se ha llegado a idéntico planteamiento consultando el art. 2317 del C. Civil de dicho país, igual al 2344 del C. Civil colombiano, tanto en cuanto a su contenido, como a la ubicación, para deducirle responsabilidad solidaria al médico que incurre en la "culpa directa", como al hospital con quien se había contratado.

En idéntico sentido también se verifican varias sentencias del Tribunal Supremo español (17 de octubre de 1996, 1º de marzo de 1996, entre otras), exponiendo que "...si bien el artículo 1137 del Código Civil dice que la solidaridad procede cuando la obligación expresamente la establezca, la jurisprudencia actual reiterada y muy numerosa, no exige con rigor e imperatividad el pacto expreso de solidaridad, habiéndose de esta manera dado una interpretación correctora al precepto citado, para alcanzar y

estimar la concurrencia de solidaridad tácita pasiva, admitiéndose su existencia cuando del contexto de las obligaciones contraídas se infiera su concurrencia, conforme a lo que declara en su inicio el artículo civil 1138, por quedar patente la comunidad jurídica con los objetivos que los recurrentes pretendieron al celebrar el contrato”.

En vista de que el presente litigio se dirigió contra la EPS a la cual estaba afiliado el padre del menor beneficiario y una de las IPS asignadas por aquella entidad para brindar atención médica a sus usuarios, relaciones que se tuvieron por ciertas, ninguna duda queda sobre la unidad de objeto prestacional que les extiende a ambas sociedades la carga de resarcir los daños inferidos al paciente, como en forma atinada concluyó el sentenciador.

4.- Ya que no se demuestra la afrenta directa de las normas que regían el caso, fracasa la acusación.

SEGUNDO CARGO

Denuncia la vulneración indirecta de los artículos 1494, 1568, 1602, 1604 y 2344 del Código Civil, por aplicación indebida, y del 1616 ibídem por falta de aplicación, como consecuencia de graves equivocaciones en la valoración de varios elementos de convicción.

En el fallo cuestionado, con base en prueba testimonial y documental, se tuvo por demostrada la culpa por omisión del personal de la IPS en la prestación del servicio médico al paciente Santiago Giraldo Ordóñez, ya que no se pudo comprobar a tiempo si sufría meningitis ni

aplicar con prontitud el tratamiento que impidiera las lesiones sufridas a la postre.

No obstante, omitió valorar el juzgador la experticia del Hospital Universitario del Valle donde, luego de examinar la historia clínica, se determinó que el tratamiento brindado fue *«oportuno, adecuado, eficiente, apegado a lo que indica la ciencia médica y que, por ende, las graves y lamentables lesiones que hoy padece el paciente no fueron producto de errores, desatenciones o tardanzas en la prestación de los servicios médicos por parte de las personas jurídicas demandadas»*.

A pesar de la claridad y contundencia del dictamen ninguna alusión se hizo al mismo, pretiriéndolo, a pesar de ser importante en la definición del litigio ya que en su contenido no hay el más mínimo asomo de culpa en la conducta de las demandadas y, por el contrario, refiere que el menor siempre contó con la asistencia médica necesaria para atender sus quebrantos. De haberlo apreciado la decisión hubiera sido diferente, por lo que la que se tomó es desacertada.

Fuera de eso, en contra de lo que consta en la sentencia, de las declaraciones no se desprende que *«hubiese existido retardo, imprecisión o equivocación en el tratamiento que se le suministró al paciente»*, con lo que se da un error de hecho por suposición. Valga revisar lo que dijeron Angélica María Durán Valencia y César Augusto Cruz Roa, conocedores de primera mano de la trama, la

suficiencia e idoneidad del tratamiento, fuera de que el resultado no podía ser evitado, aún sin la práctica de la punción lumbar en un comienzo, ya que de todas formas se suministraron los antibióticos necesarios para hacer frente a la meningitis.

A su vez, las narraciones de Martha Cecilia Puentes Hernández y Dalila Torres de Giraldo, se limitan a su percepción de la atención dispensada en la Clínica Santillana de Cali, pero no sirven para establecer omisiones reprochables desde el punto de vista de la ciencia médica.

Tampoco podía ampararse el fallador en la historia clínica y los restantes documentos expedidos por las instituciones que estuvieron al cuidado del infante, si en ellos figura *«el tratamiento y la atención brindada al menor, pero de ellos no se desprende en modo alguno que la atención haya sido extemporánea, inadecuada o negligente»*, por lo que resulta desacertado deducir de allí las omisiones imputables a la parte demandada y con ello incurrir en yerro de facto por suposición.

CONSIDERACIONES

1.- Como bien es sabido toda decisión judicial debe estar sustentada en las pruebas apropiadamente recaudadas, previo estudio en conjunto por los falladores, quienes están compelidos a exponer el mérito que les confiere en la medida de su eficacia dentro de la determinación tomada. Eso no quiere decir que si el

proveído se centra en algunas en concreto y se deja de hacer una exposición minuciosa de las restantes, eso lleve insito el desconocimiento de las que no se haga mención, ya que si alguna resulta irrelevante dentro del contorno litigioso tal deficiencia demostrativa podría incidir en la falta de referencia en su contenido.

Por lo anterior al aducir cualquier *yerro de facto* por preterición de los elementos de convicción, ésta debe quedar plenamente evidenciada y ser tal su trascendencia que no quepan dudas sobre la incidencia en el resultado.

De ahí que como se recordó en CSJ SC 5 may. 1998, rad. 5075, a que se hace alusión en SC1121-2018,

(...) el error de hecho se configura cuando el sentenciador tiene por cierto equivocadamente la presencia o la ausencia de un medio de prueba en el proceso, o cuando sin ignorar su existencia le da una interpretación ostensiblemente contraria a su real contenido. También se incurre en yerro de facto cuando el juzgador se equivoca en la apreciación de los hechos expuestos en la demanda o en su contestación, ya por alteración de su contenido o por su desconocimiento.

1.2.- Ahora bien, tratándose de error de hecho por preterición de una prueba o de un hecho de la demanda, no le basta al censor con señalar que en las consideraciones del fallo no se mencionó, sino que debe demostrar es que efectivamente no se tuvo en cuenta. Porque de haberse considerado, establecido implícitamente por sus conclusiones, su no mención sería una deficiencia de expresión, pero no de apreciación probatoria o de la demanda. Ello mismo se predica de las excepciones y de los demás medios defensivos aducidos, que suelen ser estudiados implícitamente con los fundamentos de la demanda que resulta a la postre favorecida.

1.3.- Pero además se requiere que el error de hecho que se le endilga al Tribunal para que conlleve el quiebre de la sentencia impugnada, sea manifiesto y, además trascendente. Lo primero cuando es notorio, que es evidente, salta a la vista, es ostensible o protuberante, vale decir, que fluye sin mayor esfuerzo mental o

raciocinio. Lo segundo, que influya en el sentido del fallo, esto es, que el error sea tan ostensible que repercutió en la decisión de tal forma que sin incurrir en él, habría el juzgador fallado el litigio en sentido contrario. Dicho de otra manera, el yerro debe haber sido determinante en el sentido de la decisión tomada por el Tribunal en la sentencia que se impugna.

2.- La recurrente le cuestiona al Tribunal que desatendió la experticia realizada por el Hospital Universitario del Valle y trastocó el sentido de los testimonios y la historia clínica, pero ninguno de esos desfases logra ser establecido ni mucho menos demeritar la labor deductiva que condujo a confirmar la sentencia condenatoria del *a quo*.

Basta con resaltar que la acreditación de la «*demora en la atención médica ofrecida al pequeño demandante y sus consiguientes resultados fatales*», fue el resultado de un análisis con fundamento en la «*experiencia y en la sana crítica*», lo que en un principio es razón suficiente para entender que sí se tuvo en cuenta la experticia cuyo estudio extraña la opugnadora, pero no se consideró relevante frente a las situaciones particulares del caso, de ahí que se centró el juzgador en las probanzas más determinantes de responsabilidad porque no fue oportuna la atención brindada.

Fue así como a manera de conclusión se hizo constar en el fallo que

(...) ha de anotarse que de la prueba testimonial y documental se desprende que efectivamente hubo retardo en la utilización de los medios que permitieran acertar con mayor grado de precisión en el diagnóstico del menor, así como también en la remisión a la

locación especializada en el tratamiento de enfermedades de alto riesgo, pues todas las personas convocadas en el pleito, concuerdan en señalar que dichos procedimientos no fueron evacuados con la mayor prontitud o diligencia, de lo que columbra, que los resultados en grado de probabilidad sí hubiesen podido ser diferentes, claro está, al haber acudido de manera urgente a los recursos dispuestos por la ciencia médica, de conformidad con elementales reglas de la experiencia y el sentido común -se resalta-.

Tal reflexión no fue caprichosa ni amañada sino que tuvo en cuenta las particularidades del caso, ya que no solo se trataba de la discusión sobre el tratamiento dado a un paciente que presentaba una determinada patología, sino que el directamente afectado era un bebé de apenas 40 días de nacido, cuyo sistema inmunológico todavía no había sido reforzado con todas las vacunas necesarias para enfrentar un padecimiento supremamente delicado, por lo que ameritaba mayor cuidado y énfasis al ser sujeto de una especial protección, como lo exigen los artículos 44 y 50 de la Constitución Política, de allí que se recalcara que

(...) si un recién nacido es llevado a una institución médica con un alto grado de fiebre, con un diagnóstico presuntivo de meningitis, y si no se le brinda atención inmediata, oportuna, adecuada, el resultado más probable aplicando el sentido común es que la enfermedad podrá desatarse con toda la aquiescencia y facilidad, al no existir restricción o barrera médica que impida su desarrollo y posteriores consecuencias. Y ello es así, porque una enfermedad de tal magnitud, con unos riesgos tan altos, difícilmente puede ser superada por un infante de cuarenta días de vida, sin el auxilio médico, farmacológico, instrumental y locativo de primera mano, como realmente podía haber sido la práctica de la punción lumbar y el internamiento inmediato en la unidad de cuidados intensivos.

Esa observación no hizo más que convalidar la posición del juzgador de primer grado donde se hizo referencia expresa al «informe técnico elaborado por el Hospital Universitario del Valle» pero se le restó peso en

vista de que

[s]e desprende de la experticia que los facultativos aplicaron el procedimiento adecuado, las maniobras y los elementos utilizados fueron los medianamente idóneos para atender la afectación que presentó el menor; pero simultáneamente debemos poner de presente que si desde un punto de vista general, que hace abstracción de las circunstancias en que dichos procedimientos fueron llevados a cabo, en especial se pone entre paréntesis el factor tiempo u oportunidad de la atención, ello puede resultar abstractamente cierto, no lo es menos que la atención brindada no lo fue de manera oportuna, toda vez que existía un riesgo propio, dadas las condiciones del paciente, que obligaban al personal administrativo y galeno de la IPS contratada por la EPS para su atención, como era un cuadro de varios días de evolución de fiebre, "ronquido en el pecho", rinorrea de predominio matutino hialina, sin perder de perspectiva que se trataba de un menor, que para la época de acaecimiento de los hechos aún no contaba con dos meses de edad, circunstancia que lo colocaban en circunstancias de debilidad manifiesta y que lo hacía sujeto de una especial protección, que obligaba a priorizar su atención en la unidad de urgencias de la Clínica Santillana de Cali S.A., aspecto que no ocurrió si en cuenta se tiene que a madre Clara Eugenia Ordoñez debió irrumpir en el consultorio del médico pediatra luego de un periodo largo de espera durante el cual el paciente ya presentaba convulsiones lo que dio lugar para que el facultativo inicialmente lo interpretara como bronquiolitis asociado con fiebre y lo que más tarde al presentar crisis convulsivas focalizadas en hemicuerpo derecho y ante la imposibilidad física de la realización de una punción lumbar, se consideró dar inicio al manejo antibiótico empírico ante la sospecha de una meningitis por infección severa de neumococo, empero para tomar esa decisión definitiva transcurrió un lapso de tiempo bastante prolongado, toda vez que de acuerdo a la nota del Dr. Cesar Cruz valoró al niño a la 1:00 de la tarde del 25 de junio de 2005 y al no poder realizar la punción lumbar decide manejarlo ya como una meningitis a las 21:15 de ese día; lo que significa, entonces, que con el niño Santiago Giraldo se perdió un tiempo significativo para poder contrarrestar la infección y por ende evitar o mitigar las secuelas neurológicas, más precisamente ante la imposibilidad de realizar la punción lumbar, todo ello sin contar con la devolución del menor para su casa, documentada al menos en una ocasión, pero que habría tenido lugar en número plural de oportunidades, retraso en la prestación del servicio que privó al enfermo de la posibilidad de ser tratado más rápidamente para buscar una curación a la cual razonablemente podía aspirar; en otras palabras, tal circunstancia disminuyó gradualmente las posibilidades de éxito del tratamiento que debió ser continuado en una clínica de nivel IV, como finalmente lo fue en la Clínica Fundación Valle de Lili, y con ello, se

*menguaron sus posibilidades de sanación, cuando su remisión se pudo y debió realizar con mucha mayor anticipación, tanto más teniendo en cuenta la carencia de material médico mínimo en la Clínica Santillana de Cali S.A.*¹

La coincidencia de planteamientos en ambas instancias no deja cabida a dudas que el superior, al examinar el escrutinio hecho por su inferior a los diferentes medios de convicción y dentro de los límites fijados en la alzada, encontró acertado que se demeritara el dictamen por las especiales circunstancias del beneficiario y la gravedad de la situación, así no dejara constancia expresa de ello, ya que su énfasis en los testimonios y la historia clínica lo hizo no porque fueran los únicos elementos sopesados sino para denotar la premura con que debía ser afrontado un evento tan crítico.

Aún si se le diera cabida al descuido del que se acusa al *ad quem* por no apreciar el informe rendido por el médico pediatra del Hospital Universitario del Valle, donde se dictaminó que «*al paciente se le garantizó el acceso a los servicios médicos y asistenciales en todas las etapas del proceso de su enfermedad*» y «*se le practicaron todos los servicios, interconsultas, tratamientos y valoraciones que requirió (...) para su manejo clínico de manera integral y oportuna*», lo cierto es que esas deducciones son genéricas en cuanto al tratamiento integral brindado en las dos IPS, esto es la Clínica Santillana de Cali S.A. y Clínica Valle del Lili, esta última frente a la cual no se hizo reparo alguno.

¹ Sentencia proferida el 22 de julio de 2013 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, fl. 1000 cno 1.

Visto con calma y mesura, en su contenido aparecen varias precisiones que desvirtúan que la atención brindada en el periodo comprendido entre el 24 y el 27 de junio de 2005 fuera con la prontitud requerida, a pesar de la sintomatología que desde un comienzo presentó Santiago.

La descripción de lo acontecido en dicho lapso fue:

Se revisa la historia realizada por el Dr. Oswaldo Ordoñez quien anota cuadro de un día de evolución de fiebre de 39.5 grados, sin dificultad respiratoria sin hallazgos positivos en el examen físico considera como diagnósticos virosis e interroga infección urinaria solicita hemograma y uroanálisis el hemograma no presentaba leucocitosis ni neutrofilia sin anemia sin trombocitopenia, no se pudo tomar uro análisis se considera virosis se interroga infección urinaria instauro tratamiento con acetaminofén y al parecer da egreso.

El 25 de junio nota del Dr. Cesar Cruz a la 1 pm paciente que ingresa con movimientos de contracción de la boca y en hemicuerpo derecho, quejumbroso persistentemente, hipo activo impregnan con fenitoína ya que no había fenobarbital se hace diagnóstico de crisis convulsiva y meningoencefalitis inicia manejo con midazolam, fenitoína sódica, acetaminofén solicita hemograma, proteína c reactiva electrolitos glucometria, hemocultivo y TAC cerebral simple se intenta hacer punción lumbar pero no habían frascos estériles en la clínica, se tomó la conducta de iniciar antibióticos para sepsis en menor de 3 meses(ampicilina y ceftriaxone). No habían signos de dificultad respiratoria pero si roncós basales.

Dentro del análisis de estas valoraciones lo referido por la madre del menor donde refiere que reingreso a la 7 am del 26 de junio de 2005 por persistencia de la fiebre e irritabilidad durante esta espera el paciente presenta convulsiones y es atendida 6 horas después. Sería necesario saber la hora registrada del ingreso del paciente junto con su madre a la Clínica Santillana ya que como podría ser posible que una persona capacitada en salud con lo son las auxiliares de enfermería y las enfermeras no pudieran dar prelación a la atención del menor enfermo.

La conducta tomada por el pediatra Dr. Cesar Cruz es acertada en cuanto decide hospitalizar a Santiago solicitar paraclínicos serológicos e iniciar tratamiento antibiótico ya que la clínica no contaba con frascos estériles para la toma del líquido cefalorraquídeo durante la punción lumbar.

Es de anotar que el inicio de antibióticos no se debía retardar ante la sospecha de meningitis, es decir la conducta fue la adecuada.

A su ingreso al servicio de hospitalización 7mo piso de la clínica Santillana a las 00+50 horas del 26 de junio de 2005 se reinterroga a la madre ya que no se entendió nota del 1er y 3er pediatra en el servicio de urgencias donde la madre refirió: Cuadro de 8 días de evolución donde presenta "ronquido en el pecho" y rinorrea de predominio matutino hialina lo trato con suero fisiológico nasal. Hace 4 días fiebre no cuantificada no consulta a médico hasta hace 2 días. El 25 de junio se tornó irritable por lo que consultó nuevamente estando en urgencias presentó convulsión tónico-clónica de miembro superior derecho con desviación de la mirada en 2 oportunidades sin vómito, dura 3 a 4 minutos se valoró por pediatra quien diagnostica meningitis no toman punción lumbar. Al examen físico sin alteraciones aparentes. Se solicita a jefe del servicio conseguir frascos estériles.

Durante la mañana del 26 de junio se evidenciaron 2 episodios convulsivos en hemicuerpo derecho manejados con midazolam y Valium.

En nota de epicrisis de la Clínica Santillana se anota diagnósticos de ingreso: 1. Bronquiolitis , 2. Meningitis? Los diagnósticos de egreso: 1. Síndrome bronco obstructivo más dificultad respiratoria, 2. Sospecha de meningitis. Paciente con cuadro clínico de 4 días de evolución de rinorrea, tos congestión pulmonar y fiebre; consulta a médico tomaron paraclínicos que estaban normales pero no los trajo. El 25 de junio de 2005 consulta a pediatra de urgencias donde convulsiona al parecer en hemicuerpo derecho. Diagnostican sospecha de meningitis toman hemocultivo, hemograma uroanálisis, proteína c reactiva y no se puede hacer punción lumbar por falta de frascos estériles, se inicia ceftriaxone y ampicilina a dosis meníngeas más midazolam y fenitoína, en el piso 7mo hace otros 2 episodios convulsivos con silverman de 3 se remite a cuidado intermedio de la Clínica Fundación Valle del Lili.

En nota de enfermería se anota que no se pudo realizar tomografía cerebral contrastada ya que el paciente no se sedó con el hidrato de cloral.

El paciente llega al servicio de urgencias de la Clínica Fundación Valle del Lili en regulares condiciones generales, febril y somnoliento y con disnea, presento crisis convulsivas tónico clínicas focalizadas en hemicuerpo derecho se le administró midazolam y fenobarbital endovenoso se traslada a la unidad de cuidados intensivos pediátrica para manejo especializado.

Del relato surge que en una primera oportunidad el niño fue observado por el Dr. Oswaldo Ordoñez, quien a pesar de detectar una fiebre de 39.5 grados de un día de evolución le dio salida por considerar que era una virosis, a pesar de haberle ordenado un uro análisis que no se pudo tomar. Es de resaltar que si bien no existe precisión de la hora ni fecha en que aconteció tal consulta, y que no se hizo constar en la historia clínica², eso no hace más que dar certidumbre al hecho quinto del libelo³ y el formulario donde figura un ingreso el 24-06-05 a las 23:54⁴. Además, aparecen dos firmas con sello de respaldo del Pediatra Ordoñez, la última también sin hora y fecha, con lo que se corrobora que fue llevado de nuevo con resultados infructuosos en muy corto tiempo (1.00 am del 25), como sostienen los gestores⁵.

En una tercera visita, según constancia de César Cruz Roa, aparece alusión a un evento convulsivo y diagnóstico de una «meningoencefalitis». A pesar de que se ordena una «punción lumbar», como paso necesario para establecer el estado del paciente, no puede llevarse a cabo por falta de elementos básicos en un centro de atención como son «frascos estériles».

² Fl. 277 cno. 1.

³ Relataron los accionantes que el «24 de junio de 2005 entre las 10 y las 11 p.m., la madre Clara Eugenia Ordoñez lleva al menor Santiago Giraldo a la Clínica Santillana que tiene convenio con Saludcoop y allí lo recibe el médico pediatra, quien lo examina y le prescribe acetaminofén y que lo bañara en caso de que la fiebre no bajara y lo manda para la casa», fl. 54 cno. 1.

⁴ Fl. 274 cno. 1.

⁵ Hecho sexto fl. 54 cno. 1.

Si bien la nota es de la una de la tarde del 25 de junio de 2005, no indica la hora en que llegó en realidad el niño a la institución y que según el dicho de la madre fue a las 7:00 a.m.⁶, lo que quiere decir que se presentó una demora injustificada y por eso el llamado de atención a que *«[s]ería necesario saber la hora registrada del ingreso del paciente junto con su madre a la Clínica Santillana ya que como podría ser posible que una persona capacitada en salud como lo son las auxiliares de enfermería y las enfermeras no pudieran dar prelación a la atención del menor enfermo»*.

Al resaltar en el reporte que *«[l]a conducta tomada por el pediatra Dr. Cesar Cruz es acertada»* se ciñó a la decisión de hospitalizar a Santiago, pero eso no exime del retardo de trece horas transcurrido entre la primera vez que acudieron la madre con su pequeño y esa tercera revisión, ni mucho menos el tiempo perdido por la imposibilidad de llevar a cabo la *«punción lumbar»*, por lo que la incertidumbre se prolongó durante veinte horas más, si se tiene en cuenta que a las 9: am del días 26 salió con destino a la Clínica Fundación Valle del Lili, cuando ya se había agravado lo suficiente la situación, *«en regulares condiciones generales, febril y somnoliento y con disnea, presento crisis convulsivas tónico clínicas focalizadas en hemicuerpo derecho»*, cuando dicha determinación era la que debió tomarse desde un comienzo.

⁶ Hecho séptimo fl. 54 cno. 1.

Mientras que al ingreso en la Clínica Santillana de Cali el diagnóstico fue de «1. bronquiolitis 2. Meningitis?» y el de egreso «1. Síndrome bronco obstructivo más dificultad respiratoria 2. Sospecha de meningitis», al arribo del segundo centro hospitalario llegó con «1. Bronquiolitis sobre infectada, 2. Síndrome convulsivo, 3. Descartar meningitis», lo que significa que en el entretanto se fue empeorando significativamente la condición del paciente, así ya existiera sospecha de meningitis con debida antelación.

También consta en la labor conceptual del Hospital Universitario del Valle que «[l]as meningitis bacterianas [que fue la detectada] por otro lado implican una mayor morbimortalidad y requieren un rápido diagnóstico y tratamiento para evitar una evolución fatal o secuelas irreversibles, por lo tanto es una emergencia neurológica», agregando que «el tiempo del inicio del tratamiento de las meningitis bacterianas influye significativamente en el pronóstico. El LCR [líquido cefalorraquídeo] es el principal soporte diagnóstico en la escogencia de la terapia adecuada» y aunque «la punción lumbar debe diferirse en aquellos casos de pacientes en estupor o coma, con signos neurológicos focales y ante la presencia de crisis convulsivas», no obra constancia en la historia clínica de que esa fuera la razón para postergarlo a Santiago, sino la inexistencia de elementos necesarios para su práctica.

Al contrastar ese informe con los testimonios de dos de los médicos que estuvieron al tanto de la evolución inicial, tampoco se observa que se desfigurara el contenido de éstos

por el Tribunal y, por el contrario, se encuentra razonable la conclusión que de ambos extrajo en cuanto al *«retardo en la utilización de los medios que permitieran acertar con mayor grado de precisión en el diagnóstico del menor, así como también en la remisión a la locación especializada en el tratamiento de enfermedades de alto riesgo»*.

Es así como del relato de Angélica María Duran Valencia⁷, si bien dijo que *«el paciente recibió el tratamiento antibiótico indicado a tiempo»*, no puede desatenderse que ella escribió en la epicrisis *«que no había el frasco idóneo o sea estéril, para echar el líquido cefalorraquídeo en el frasco estéril, el paciente en el momento estaba inestable, **requería la unidad de cuidados intensivos con urgencia**»* y más adelante añadió que *«es el pediatra tratante quien hace la punción lumbar y espera a que esterilicen un tubo de ensayo, **son minutos vallosos en la vida de ese paciente**»* -se resalta- y al preguntársele si *«[t]enía la Clínica Santillana los recursos médicos, científicos y materiales hospitalarios para atender la meningitis bacteriana que posiblemente tenía el menor»*, respondió que

*Saludcoop Santillana en ese año contaba con servicio de hospitalización y urgencias de pediatría pero **no contaba con una unidad de cuidados intensivos**, es el pediatra quien al observar el paciente en urgencias dictamina donde debe continuar el menor su manejo si en el piso de hospitalización o en una unidad de cuidados intensivos, es claro que el niño se remitió una vez nos llegó al piso a un nivel de mayor complejidad con sus episodios convulsivos, quien determinó que el paciente debería haber sido trasladado al servicio de hospitalización fue el pediatra de turno. Para mí fue importante colocar en la epicrisis que al paciente no se le pudo tomar cultivo de líquido cefalorraquídeo previo en la epicrisis para que en esa institución*

⁷ Fls 249 al 252 cno. 1.

donde el paciente iba a llegar una vez estabilizado se le tomara punción lumbar en esa institución –se llama la atención–.

Por su parte el pediatra Cesar Augusto Cruz Roa⁸ señaló que su intervención se dio «a las 13 horas, supongo que es del 25, **es que él lo habían visto y le dieron salida sino estoy mal**» -negrita adrede- y su «participación consistió en valorar al paciente, hacer un diagnóstico presuntivo de meningitis y en vista de que no se podía hacer punción lumbar para descartar dicha enfermedad se decide iniciar tratamiento antibiótico con ampicilina y ceftriazona» y sobre las condiciones de salud narró que «[e]n el momento que lo atendí había convulsionado y tenía fiebre, pero según mis notas no estaba para hospitalizar en una unidad de cuidados intensivos», lo que justificó con que «en el momento el paciente estaba estable y consideré que con el tratamiento que se instauró iba a mejorar», pero fue necesario el envío a otro lugar «[p]orque según las notas de evolución de los médicos que lo vieron hospitalizado el paciente volvió a convulsionar en varias ocasiones y estaba somnoliento». Aun cuando estimó que «inicialmente por el estado clínico del paciente si se podía manejar en esa institución» hizo la salvedad de que allí no se contaba con «los tubos para hacer la punción lumbar», sobre cuya necesidad previno que dicho examen «es el único medio para diagnosticar meningitis. Si es el único medio para diagnosticar la presencia de bacterias o de virus».

Esas narraciones espontáneas de los declarantes

⁸ Fls 254 al 256 cno. 1.

pedidos por la recurrente resultan contundentes para entender las preocupaciones del sentenciador respecto del valioso tiempo que se perdió en el cuidado de Santiago, ya que con apenas 40 días de nacido, sin contar con todas las vacunas, cuyo estado febril no cedió con la medicación inicial y que presentaba episodios convulsivos, no fue remitido con prioridad a una unidad de cuidados intensivos, ni siquiera en el instante en que fracasó el intento de llevar a cabo la «punción lumbar»⁹, produciéndose un deterioro paulatino que sin duda incidió en las secuelas de la sobre infección presentada cuando llegó a la Clínica Valle del Lili al día siguiente.

Lo sensato del ejercicio judicial descarta la presencia de las equivocaciones garrafales que insinúa la opugnadora, por cuanto no dimana con claridad la preterición de la experticia y por el contrario existe un principio de identidad con las deducciones expuestas como razón de ser del resultado. Mucho menos lucen desdibujados los testimonios y la historia clínica a que les dio mayor peso, que por demás son concordantes con las precisiones que justificaron la confirmación de la condena por demora en la prestación del servicio médico en vista de las particularidades del paciente.

Como se dijo en SC12449-2014, nada se opone a que el fallador en eventos de responsabilidad médica

⁹ Según nota de enfermería de 25-06-2005, con hora 18:20 se sedó al niño para hacerle el procedimiento, pero «no se pudo hacer punción lumbar por falta de frascos en la Clínica» fl. 286 cno. 1.

(...) atendiendo los mandatos de la sana crítica y mediante diversos procedimientos racionales que flexibilizan el rigor de las reglas de la carga de la prueba, asiente determinadas inferencias lógicas enderezadas a deducir la culpabilidad médica en el caso concreto. En efecto, como quiera que es posible que una rigurosa aplicación de la disposición contenida en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil puede aparejar en este ámbito el fracaso de la finalidad reparadora del régimen de la responsabilidad civil, particularmente, por las dificultades probatorias en las que se puede encontrar la víctima, no es insensible la Corte ante esa situación, motivo por el cual asienta que, teniendo en consideración las particularidades de cada caso en concreto, lo que repele indebidos intentos de generalización o de alteración de los principios y mandatos legales, y en la medida que sea posible, puede el juez acudir a diversos instrumentos que atenúan o "dulcifican" (como lo denominan la doctrina y la jurisprudencia españolas) el rigor del reseñado precepto.

Así, dependiendo de las circunstancias del asunto, se insiste una vez más, es posible que el juez, con sujeción a las normas jurídicas y de la mano de las reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica, deduzca ciertas presunciones (simples o de hombre) relativas a la culpa galénica; o que lo haga a partir de indicios endoprocesales derivados de la conducta de las partes (artículo 249 Ibídem); o que acuda a razonamientos lógicos como el principio res ipsa loquitur (como cuando se olvida una gasa o material quirúrgico en la zona intervenida, o se amputa el miembro equivocado, etc.); o teniendo en consideración la manifiesta anormalidad de las consecuencias del acto médico deduzca una "culpa virtual" o un "resultado desproporcionado", todo lo anterior, se reitera aún a riesgo de fastidiar, sin que sea admisible la aplicación de criterios generales que sistemática e invariablemente quebranten las reglas de distribución de la carga de la prueba previstos en el ordenamiento (CSJ SC 22 de julio 2010, rad. 2000 00042 01).

7. El régimen que gobierna la eventual responsabilidad está marcado por el de culpa probada empero e igualmente, su disciplina probativa no debe responder a la rigidez de antaño, sino que, ya el médico ora el paciente, debe asumir ese compromiso demostrativo, atendiendo la real posibilidad de hacerlo; aquél que se encuentre en mejores condiciones para acreditar los supuestos de hecho configurantes del tema a establecer, deberá asumir esa carga.

Lo cual concuerda con SC13925-2016, donde se expuso que

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

La complejidad de las enfermedades y la fragilidad de la salud humana muchas veces se traducen en errores o eventos adversos no culposos, pero no hacer nada para evitar la aparición o repetición de tales fallas siendo previsibles y teniendo el personal médico la oportunidad y el deber legal de evitarlas, es constitutivo de culpa. Los errores y fallas médicas no son obra del infortunio sino procesos atribuibles a la organización y al equipo médico; y si bien es cierto que muchos de esos defectos no son previsibles ni producto de la negligencia o descuido, no lo es menos que tantos otros se pueden evitar con un mínimo de prudencia, diligencia o cuidado según los estándares de buenas prácticas de la profesión.

3.- Como no se demostró yerro de facto alguno, decae la censura.

4.- Conforme al inciso final del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010, habrá de imponerse al contradictor inconforme el pago de las costas procesales en el trámite de la impugnación extraordinaria.

Para la tasación de las agencias en derecho, se tomará en cuenta que los accionantes guardaron silencio (fl. 89).

IV.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en

nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia de 18 de julio de 2014, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, dentro del proceso ordinario de Jorge Hugo Giraldo Torres y Clara Eugenia Ordoñez, en nombre propio y en representación de sus hijos menores Jorge Hugo, José Valentín, Marco Leandro y Santiago Giraldo Ordoñez, contra Cruz Blanca EPS S.A. y la Clínica Santillana de Cali S.A. Costas a cargo de Cruz Blanca EPS S.A. y a favor de los gestores. Inclúyase la suma de \$3'000.000 por concepto de agencias en derecho.

En su oportunidad, devuélvase el expediente a la Corporación de origen.

Notifíquese

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Presidente de Sala

AUSENCIA JUSTIFICADA

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO


LUIS ALONSO RICO PUERTA

claro voto


ARIEL SALAZAR RAMÍREZ


LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

claro voto



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación n.º 76001-31-03-003-2008-00091-01

Aun cuando estoy de acuerdo con la decisión al declarar la responsabilidad, debo aclarar mi voto con respecto al marco conceptual que aborda la sentencia que ocupó la atención de la Sala, pues el modelo adoptado incurre en imprecisiones de carácter teórico.

1. Desde el punto de vista jurídico no se puede hablar de responsabilidad jurídica del sistema, porque éste es una estructura que cobija un todo interconectado. Según la RAE, sistema es *“el conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí (...) conjunto de cosas que relacionadas entre sí ordenadamente contribuyen a determinado objeto (...) conjunto de cosas que relacionadas entre sí (...) conjunto de órganos que intervienen en algunas de las principales funciones vegetativas (...) conjunto de unidades relacionadas entre sí que se definen por oposición”*. En consecuencia, *“sistema”* es una categoría sociológica o ya política, epistemológica, lógica o filosófica, pero no propiamente jurídica, de modo que aunque los fundamentos de la teoría de sistemas, en principio, pueden

ser aplicables a diferentes disciplinas o campos de investigación, entre las cuales se encuentra el derecho (aquí se puede citar a Luhmann), ello no significa que la categoría “sistema”, pueda ser considerada en el ámbito jurídico como un ente al cual puede imputársele responsabilidad.

Ello, por cuanto en derecho de daños se declaran responsables a las personas naturales o jurídicas, o a ciertas categorías a las cuales se les ha extendido el concepto de sujeto de derechos, como entes que constituyen centro de imputación jurídica y que pueden intervenir procesalmente como partes, con capacidad procesal, y que de igual manera, desde el derecho sustantivo ostentan capacidad de goce o natural o capacidad de obrar. Así, la categoría sujeto de derecho se ha hecho extensiva a ciertas realidades como la tierra, zonas ambientales, ríos, vertientes, hoyas hidrográficas, los patrimonios autónomos, e inclusive, al que está por nacer, pero no a los sistemas.

La noción de sujeto de derecho se liga inexorablemente con asuntos procesales o sustanciales a los cuales tiene que responder la controversia judicial, como la legitimación procesal y la legitimación en la causa, el interés para obrar y algunas otras cuestiones a definir para la validez de la relación jurídico procesal.

Debió la decisión aquí abordada, corregir el yerro conceptual que, desde el punto de vista de la epistemología jurídica, contiene la sentencia SC13925-2016. Esa providencia, y algunas sobre las cuáles se sustenta,

abordan la categoría sistema en el ámbito de la responsabilidad médica, por consiguiente, no debió ser repetida por el actual fallo, sino clarificar si esa categoría lingüística se refería o no al sistema como sujeto de derecho idóneo para la relación jurídico procesal.

Si la responsabilidad jurídica médica se predica del sistema, responderían no solamente las EPS, IPS en el acto médico irregular y concreto, por tratarse de un todo, sino también los comités de participación comunitaria, las organizaciones comunales, e inclusive los propios usuarios, que junto al Estado forman parte de la red de salud. Cuestión muy diferente es plantear la responsabilidad de las organizaciones o de los entes o personas que intervienen en el sistema de salud, y la responsabilidad que les incumbe a éstas, en términos jurídicos.

Si el sistema es un todo, el conjunto, la organización en su integridad, la red, el complejo mundo de intervinientes deberían haber sido los convocados a juicio porque la categoría se refiere a un engranaje polifuncional. Podemos hablar de la responsabilidad política o filosófica del sistema, pero, en estricto sentido jurídico, no es dable entenderlo como parte, por cuanto, entonces ¿quiénes responderían ante la decisión judicial, si el juicio implica convocar unos sujetos de derecho concretos, para que previa comprobación de unos hechos, el juez adjudique disposiciones y, en el caso, declare responsables determinados del hecho dañoso como obligados a la reparación?

2. Otro problema, surge cuando la sentencia transpola acriticamente una decisión como la antes enunciada, que contiene una serie de contradicciones lógicas y epistemológicas, que ahora no enfrente “*in extenso*” ni en su totalidad, por mi copiosa tarea de juzgamiento de otras causas. Apenas, señalo, algunos baches o agujeros al lector, como por ejemplo, cuando un segmento de toda la transcripción literal que hace en la página veinticinco de la sentencia, en el párrafo sexto, se asienta: “El juicio de imputación del hecho como obra de las instituciones prestadoras del servicio de salud quedará desvirtuado si se prueba que el daño no se produjo por el quebrantamiento de los deberes legales de actuación de la IPS, sino a otra razón, como por ejemplo a una deficiencia organizativa, administrativa o presupuestal de la EPS; a la conducta de uno o varios agentes particulares por fuera del marco funcional de la IPS; o, en fin, a la intervención jurídicamente relevante de un tercero, de la propia víctima o a un caso fortuito”.

La sección transcrita, incluye en la parte final que habrá exoneración en las hipótesis de causa extraña que esta Corte, de vieja data ha clarificado, como categoría genérica y situación compleja que rompen de tajo el nexo causal. Ello es admisible; sin embargo, cuando se afirma que la deficiencia organizativa, administrativa o presupuestal de la EPS, o a la conducta de uno o varios agentes particulares por fuera del marco funcional de la IPS, también se exonera del juicio de imputación, es conclusión deleznable y totalmente contradictoria con la

premisa central de la responsabilidad del sistema que el fallo predica en general, porque sistema implica imputación en el todo.

Contradicción similar surge con la solidaridad, como concepto obligacional jurídico del *“in sólido”* y no conducta moral, que ulteriormente defiende el fallo, puesto que ésta forma obligacional, comporta sin discusión, que *“(…) cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de un cosa divisible (...)”* (Art. 1568 C.C.), otorga la posibilidad o el derecho a exigir el cumplimiento de la prestación por el acreedor *“(…) a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda (...)”* (Art. 1568 del C.C.), efecto jurídico de correalidad que consecuentemente, conforme al segmento antes transcrito, del todo se tornaría inane para la IPS, o para cualquiera de los integrantes del sistema, de acuerdo a lo razonado en el fallo, y a lo previsto en la Ley 100 de 1993.

3. Es totalmente inaceptable en el Estado Constitucional y Social de Derecho la categorización del usuario, afiliado, paciente, enfermo, debilitado o incapacitado síquica o somáticamente del sistema de salud, o de la persona requirente de un servicio sanitario, denominarlo *“cliente”* (Ver, por ej., párrafo tercero, pg. 25 del fallo), pues ello implica nivelar los problemas ligados con la vida, la salud, los derechos, los valores y principios, con una cosa o mercancía, porque esas nomenclaturas hacen

parte de las estadísticas, de la economía, de la empresa del lucro y del consumismo.

Un paciente no es un “cliente”, sino una persona y el servicio de salud es un derecho humano o fundamental, que apunta y converge para mejorar la calidad de vida de las personas. Asimilar a quienes usamos los servicios de salud, como lo hace la sentencia SC13925-2016, y lo reitera el fallo, respecto del cual aclaro, nos ubica como cifras y números, como seres despersonalizados integrantes de la clientela, y deshumaniza derechamente la profesión galénica. Además, conlleva entender que el sistema de salud es un tinglado organizacional creado para lucrar a los empresarios de la salud con fundamento en el dolor humano.

4. Otro aspecto frente al cual disiento, se relaciona con la idea de que la relación jurídica médico – paciente, galeno – afiliados, sistema de salud – clientes o usuarios, afiliados, EPS, IPS, etc. con ocasión de la responsabilidad médica, es una relación jurídica bilateral, puesto que dentro del modelo totalizante que presenta el fallo, margina los múltiples problemas que emergen en el daño antijurídico médico extracontractual, que frecuente y diariamente surgen en las relaciones médico – hospitalarias.

5. El punto final, pero íntimamente relacionado con el primero, es el tocante con la responsabilidad organizacional, el cual deseo puntualizar, porque se refiere, en lugar de la denominada responsabilidad sistémica, a la

convocatoria de las personas jurídicas en los juicios de responsabilidad.

La Corte, en su tránsito teórico para imponer responsabilidad a entes diversos a las personas naturales, buscó construir hace más de una centuria todo lo relacionado con las personas morales, ya de naturaleza pública, ora de naturaleza privada, y ese trasegar hace más de setenta años, tocó la responsabilidad orgánica asimilándola a los organismos, punto de partida desde el cual la sociología de los sistemas edificó este tipo de visión. La Corte lo hizo para explicar si existía responsabilidad directa o indirecta en relación con el personal o conjunto de personas naturales que integran una empresa o ente moral, y determinar el grado de responsabilidad que le incumbía al ente ficto, por los actos dañosos de sus dependientes.

En general, en punto de la responsabilidad de las personas jurídicas, ha dejado claro, cómo es que éstas responden en casos como el presente. En efecto, ha venido labrando una doctrina sólida, y no como equívocamente la expone la sentencia, edificándose en recientes fallos, para otorgarles todo el peso doctrinario. Esas decisiones que la sentencia de ahora se ocupa en tomar como base para sostener la decisión, desde la perspectiva de la doctrina jurisprudencial, pasa por alto que algunas de ellas, si se analizan individualmente y no en forma segmentada, están plagadas de contradicciones, como lo he expuesto en mis frecuentes salvamentos o aclaraciones de voto sucesivas.

En ese sentido, no podían servir de presupuesto para edificar el fallo de ahora.

5.1. El surgimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas de derecho privado y público en el derecho de daños

La sentencia SC13925-2016, entre otras, quiso borrar de tajo la jurisprudencia de esta Sala, desconociéndola y desplegando un autoritarismo conceptual que, por tanto, ha de ser puesta en su real punto. En la materia debatida, con antelación a 1964, ya existía una doctrina sólida y responsiva en la solución de casos médicos, cuando se demandaba a las instituciones hospitalarias, fueran públicas o privadas: No es la SC13925-2016 ni las otras que, con la misma efigie, se quieren presentar como fundadoras, de algo que, apenas tergiversan, ignorando culposa o intencionalmente una historia que, aunque no perfecta ni lineal sí es dialéctica, legítima, coherente, prudente y sabia. Como desconoce la historia de esta Sala, la cuestionada decisión SC13925-2016 copia repentina y acríticamente modelos foráneos ficticios y contradictorios.

Esas decisiones, y la de ahora, desconocen que la Corte Suprema de Justicia, históricamente y hasta el año de 1964, ejercía funciones judiciales para todo tipo de responsabilidad, tanto en el derecho público como en el privado, forjando la responsabilidad de las personas jurídicas o de los entes morales. Y en ese devenir, resulta pertinente referirse a la surgida contra los entes públicos,

porque frente a las acciones u omisiones dañosas provenientes de las entidades públicas o de sus funcionarios o empleados, necesariamente debía restablecerse el derecho para las víctimas; por consiguiente, urgía que la Corte construyera el basamento para deprecar responsabilidad no sólo para las personas jurídicas privadas, sino también para las públicas.

Aunque, en principio, el artífice del Consejo de Estado fue Simón Bolívar, mediante Decreto del 30 de octubre de 1817, expedido en la ciudad de Santo Tomás de Angostura, denominándolo Consejo Provisional de Estado, la asunción de funciones jurisdiccionales no tiene la misma historia. La entidad, luego aparece plasmada en la Constitución de Villa del Rosario de Cúcuta en el año de 1821, con el nombre de Consejo de Gobierno, con funciones consultivas y de asesoría; más tarde, por Decreto Orgánico del 27 de agosto de 1828 (Decreto de la dictadura) se consagra como Consejo de Estado con atribuciones asesoras y consultivas, agregándole también las consultivas frente a los Tribunales y juzgados. La Constitución Política de 1830 en los artículos 95 al 99, reguló lo referente al Consejo de Estado como cuerpo auxiliar del poder ejecutivo, con funciones consultivas y asesoras (colegisladoras particularmente para preparar proyectos de ley). La Constitución de 1832 incluye al Consejo de Estado y al Consejo de Gobierno. En la de 1843 aparece con el nombre de Consejo de Gobierno, como entidad consultora. En las Cartas Federales de 1853 y 1863, desapareció del texto de la Constitución. La expedida el 4 de agosto de 1886, lo gesta de nuevo con funciones de

asesoría y de consultoría, otorgándole facultades al Congreso de la República para que mediante ley pudiera crear la jurisdicción.

En el Acto Legislativo N° 10 del 27 de abril de 1905, el Presidente de la República, Rafael Reyes, suprimió del texto de la Constitución al Consejo de Estado, sin embargo, el Acto Legislativo No. 3 de 1910, en el artículo 42 señaló que la ley sería la encargada de establecer y organizar la jurisdicción contencioso – administrativa, mandato en virtud del cual se profirió la Ley 130 de 1913, con la cual se adoptó el primer Código Contencioso Administrativo.

En efecto, se trató del Acto Legislativo No. 01 de 1914, que crea el Consejo de Estado con función jurisdiccional, manteniendo las de asesoría y consultoría; y en este mismo acto, se crearon los Tribunales Administrativos, copiando los Consejos de Prefectura del derecho francés.

En síntesis, en punto de códigos contenciosos, vinieron sucesivamente:

1. La Ley 130 de 1913, correspondiente al primer Código Contencioso Administrativo, creando luego con el Acto Legislativo 1 de 1914 el Consejo de Estado con función jurisdiccional, como antes se anticipó.

2. La Ley 167 de 1941, el segundo Código de lo Contencioso Administrativo.

3. El Decreto 01 de 1984, y,

4. El actual código, el CPACA, previsto en la Ley 1437 de 2011.

Rememoro esa historia de lo contencioso administrativo para recordar que, para la Corte Suprema de Justicia, el problema de la responsabilidad médica y el de las entidades hospitalarias, no ha sido ajena, sino que históricamente la ha considerado y enfrentado con decisión y claridad en cuanto tiene que ver con las personas jurídicas. No se trata de un asunto, que creativa o novelmente haya sido afrontado por la sentencia SC13925-2016, fallo que pretende auto otorgarse un criterio jurisprudencial con pretensión fundacional autoritaria, echando por la borda, toda una rica y dinámica historia en el punto, y que esta Sala, en siglos de solución de litigios del derecho de daños, ha forjado. Esa decisión, a espacio, se transcribe, en la sentencia, caminando también por la misma senda. En el mismo contexto de aquella decisión antecedente, se hallan las sentencias SC9193-2017, SC 8219-2016, SC17137-2014, SC 2007-00467-01 del 17 de septiembre de 2013, todas de esta Sala.

La alusión a la historia de la jurisdicción contenciosa tiene que ver con que apenas, en el año 1964 con el Decreto 528, se atribuyeron facultades a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer de las controversias de responsabilidad contractual y extracontractual, relacionadas con entidades estatales. En

efecto, por virtud del Decreto-Ley 528 de 1964, el Gobierno Nacional, en atención a las Facultades Extraordinarias otorgadas a través de la Ley 27 de 1963, expidió normas sobre competencia y organización judicial, dictaminando que la jurisdicción contencioso-administrativa estaba instituida para definir los negocios originados en las decisiones donde la administración tome parte, en las operaciones que ejecute y en los hechos que ocurran con motivo de sus actividades, entregándole la responsabilidad contractual y extracontractual estatal a lo contencioso.

Todo lo anterior, sin recordar la historia jurisprudencial de la Corte Suprema Federal de 1863 a 1886, alusiva a la legitimación pasiva de los entes morales y que, persistentemente, declaró la responsabilidad de la Nación en los casos de probarse perjuicios en contra de las víctimas¹.

Bajo esta mirada histórica, la construcción de la doctrina de la responsabilidad con respecto a personas naturales y jurídicas, ya en su estructura, ora, en sus diversos arquetipos o clases, fue labrada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en muchos frentes, con esfuerzo y tensiones, sobre la experiencia

¹ COLOMBIA, CSF. Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de Colombia: Durante su vigencia, en el marco de la Constitución liberal de 1863, expidió entre otras las siguientes sentencias, todas las cuales caminan por la senda de encarar la responsabilidad de las personas jurídicas, y en concreto, la conceniente al Estado, como máxima expresión de las personas jurídicas: Sentencia del 7 de diciembre de 1864, Diario Oficial año 2, martes 03 de enero de 1865 n.º 213, p. 12; Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de Colombia, Sentencia del 5 de diciembre de 1856, Diario Oficial, Año III, Bogotá, enero de 1866, n.º 527, p. 11; C. S. F, Sentencia del 3 de enero de 1865, Diario Oficial, Año II, Bogotá, 13 de enero de 1865, n.º 222, p. 849; C. S. F, decisión del 11 de diciembre de 1865, Diario Oficial, Año III, Bogotá, 9 de enero de 1866, n.º 531, p. 27; C. S. F, Sentencia del 18 de diciembre de 1865, Diario oficial, año III, Bogotá, 16 de enero de 1866, n.º 537, p. 51.

diaria, el estudio y la racionalidad, interpretando los tiempos. No se forja la responsabilidad de las personas jurídicas con aquella decisión que actualmente concita la atención de la Sala.

Es apenas desde 1964, cuando el Consejo de Estado y lo contencioso, surgen como organismos complementarios en la fijación de líneas en materia de responsabilidad en el ámbito de sus órbitas competenciales, pero con antelación, en la materia, lo hacía exclusivamente la Corte Suprema, con fundamento en el art. 151 de la C. N., según el cual, éste era la competente para dirimir *"(...) los negocios contenciosos en que tenga parte la Nación"*.

El Consejo de Estado, apenas conocía según la Ley 130 de 1913 con una atribución excepcional, el estudio de la responsabilidad del Estado como consecuencia de la declaratoria de nulidad; y con la expedición de la Ley 38 de 1918 de las reclamaciones contra la Nación por expropiaciones o daños en la propiedad ajena causados por órdenes administrativas, y desde 1941 de la responsabilidad por trabajos públicos dimanados por ocupación permanente². Precisamente, la Ley 167 de 1941 en su artículos 67 y 68 permitía, en el primero, que el Consejo de Estado conociera de la nulidad del acto administrativo y del restablecimiento del derecho; y, en el 68, juzgar, además, de reclamaciones indemnizatorias como

² COLOMBIA, CSJ. Sentencia del 20 de junio de 1955, declaró la inexecutable parcial de tales normas, relacionada con la ocupación permanente, al considerar que estos eventos eran competencia de la jurisdicción ordinaria.

consecuencia de hechos u operaciones administrativas causantes de perjuicios. En efecto, preveían los textos en cuestión: *“Artículo 67. La persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en su derecho. La misma acción tendrá todo aquel que se hubiere hecho parte en el juicio y demostrado su derecho”. “Artículo 68. También puede pedirse el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa. En este caso no será necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes”.*

El artículo 30 del Decreto 528 de 1964, aclara ese panorama y marca, en definitiva, una nueva etapa para lo contencioso, cuando señala:

“La Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, además de las funciones que le señalan la Ley 167 de 1941 y las que la adicionan y reforman conoce: 1o. En única instancia: a. De las controversias relativas a contratos administrativos celebrados por la Nación o por un establecimiento público descentralizado del orden nacional cuando la cuantía sea o exceda de cien mil pesos; b. De las controversias sobre responsabilidad de la administración nacional o de los establecimientos públicos descentralizados del orden nacional, por sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho, cuando la cuantía sea o exceda de cien mil pesos. c. De las controversias sobre asuntos petrolíferos en que sea parte la Nación, atribuidas hoy a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia; d. De las controversias en que sea parte la Nación, suscitadas sobre concesiones mineras; e. De las controversias relacionadas con la declaración administrativa de extinción del dominio o propiedad; f. De los juicios que se promuevan sobre pérdida de la ciudadanía o sobre el hecho de haberse perdido o

recobrado la calidad de colombiano; g. De las acciones de plena jurisdicción de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en las cuales se controviertan actos del orden nacional, y cuya cuantía sea o exceda de cincuenta mil pesos. 2o. En segunda instancia, de todos los asuntos atribuidos en primera instancia a los Tribunales Administrativos".

Por tanto, para los efectos de la sentencia cuya resolutive acompaño, sin compartir la motivación que finca en la sentencia SC13925-2016, lo aludido es necesario para entender la racionalidad e historia de la responsabilidad de los entes morales. Como lo expresé en mi aclaración de voto con respecto a esa providencia, ella navega en profundas e insalvables contradicciones, desconoce y borra de tajo la doctrina de la propia Corte, faltando a las obligaciones que impone el cambio de precedente, consistente en el falseamiento de la doctrina que la Sala sobre el particular y que en forma constante venía observando, y cuanto por décadas esculpió. Ese precedente, sembró desconcierto en la estructuración de la responsabilidad y sus elementos axiológicos.

La Corte para responder a los problemas de cada época, por ejemplo, en el siglo XIX, se edificó en las premisas de los artículos 2341, 2347 y 2349 como reglas generales y en forma indistinta, posteriormente, en los albores del siglo XX, fincó la responsabilidad de las personas jurídicas o de la Nación en la noción de culpa "*in eligendo*" del artículo 2347 del C.C. e "*in vigilando*" del 2349 ejúsdem. En fin, se infieren una serie de etapas bien definidas en la construcción de la teoría jurisprudencial de

la responsabilidad de las personas jurídicas, dentro de las cuales se hallan, las del propio Estado:

1. Una primera fase que va desde su creación en el artículo 146 con la Constitución de 1886 y la Ley 61 de 1886, organizativa del poder judicial regeneracionista, hasta 1896, más o menos, temporada donde la Corte aplica en forma indistinta para la responsabilidad contractual las disposiciones relativas a los contratos del 1602 al 1617 en concordancias con los artículos 1494 y ss., todos del C.C.; y, para la extracontractual, las premisas de los artículos 2341 a 2360, según el caso; patentizando el tránsito del sistema de responsabilidad de la Corte Suprema Federal, edificado sobre una estructura política federalista, a los criterios centralistas que prohió el nuevo orden constitucional de 1886.

2. Una segunda etapa de 1896 a 1938, fundada especialmente, en un marco de responsabilidad indirecta, prevista o inferida de los artículos 2347 y 2349 del C.C., entendidos por gran parte de la doctrina como la responsabilidad por *“culpa in vigilando”* y la *“culpa in eligendo”*, heredada del derecho romano y asimilada por tratadistas franceses y colombianos. Aquí ya se planteaba la responsabilidad de las personas jurídicas por las actuaciones de sus empleados con fundamento en el artículo 2349 del C.C., disposición consagratoria de la culpa *“in eligendo”*, espacio histórico en el cual encontramos la emblemática sentencia del 22 de octubre de 1896, que declara responsable a la Nación por los perjuicios causados

a los herederos del súbdito italiano Ángel Rosazza, por hechos acaecidos en ciudad de Panamá, por la muerte de su causante y el saqueo al Hotel Garibaldi. A pesar de que el Procurador General de la Nación solicita inaplicar el 2341 del C. C. colombiano por resultar exótico y referirse a la responsabilidad de las personas naturales, motiva entonces, la Corte:

"(...) los defectos de un sistema de Gobierno no deben servir para privar a los extranjeros de las garantías a que tienen derecho; y si esas garantías se vulneran por los mismos funcionarios públicos que deben hacerlas eficaces, y si esto sucede obedeciendo a órdenes de una autoridad superior como lo era el Gobernador (...), la equidad exige que a la Nación se le declare obligada a reparar el daño ocasionado por Agentes suyos, que sería ilusoria la responsabilidad civil que pudiera demandarse de los empleados delincuentes"³; planteado ese apotegma, agrega una proclama, nervio hoy, del derecho internacional humanitario, de la justicia, de la equidad y del derecho reparativo universal:

"Todas las naciones deben protección a sus habitantes nacionales y extranjeros, y si bien es cierto que un Estado, persona jurídica, no es susceptible de responsabilidad penal, si está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resultan de un delito imputable a sus funcionarios públicos, cuando no es posible que éstos los resarzan con sus bienes, como sucede en el presente caso, y cuando concurren las circunstancias especiales que originaron la muerte de Rosazza.

"Estos son los principios universales del Derecho Internacional Moderno, conforme con la moral y la justicia, principios que

³ COLOMBIA, CSJ. Sala de Negocios Gnerales, sent de 22 de octubre de 1896, Mg. Pon. Carmelo Arango M., G. J. T. XI del 2 de noviembre de 1896, Núm. 565.

*obligan a las naciones civilizadas*⁴. Además, alude, a una cuestión probatoria, hoy aparentemente novel, en el sistema penal, -por el desconocimiento nuestra rica e inexplorada historia jurisprudencial-, y es en lo tocante con la prueba de referencia, : *“Con ese fundamento, la ley colombiana, lo mismo que la ley italiana, declaran que no hace fe en juicio el dicho de un testigo de referencia, porque ese dicho no tiene otra fuerza que la de la fuente de donde procede (...)”*⁵, explicando el porqué, en el caso concreto, no podía darse valor a ciertos testimonios.

Postula entonces, que quien tiene empleados a su servicio, que incurran en negligencia, malicia o descuido causando daños a personas o cosas se hacen responsables por la conducta de sus empleados *“por no haber puesto el cuidado en su elección”*. Pero, al mismo tiempo, en relación con el Estado, torna la responsabilidad de mayor rigurosidad, cuando señala explícita y concluyentemente que: *“(...) si cabe cuando se trata de los hechos de los empleados públicos con relación a la entidad que los nombra”*. En fin, lo anterior, por cuanto expuso un sistema de responsabilidad de culpa presunta, más protector de las víctimas, en relación con la actividad del Estado, fijando, además, el principio de la responsabilidad del Estado. Por consiguiente, las personas jurídicas ostentan una responsabilidad jurídica con independencia de que una norma consagrara o no, la obligación de indemnizar los daños, causados por sus dependientes o funcionarios, por su designación o elección y, por tanto, le correspondía vigilar su actuar.

⁴ COLOMBIA, CSJ. Sala de Negocios Gnerales, sent de 22 de octubre de 1896, Mg. Pon. Carmelo Arango M., G. J. T. XI del 2 de noviembre de 1896, Núm. 565.

⁵ COLOMBIA, CSJ. Sala de Negocios Gnerales, sent de 22 de octubre de 1896, Mg. Pon. Carmelo Arango M., G. J. T. XI del 2 de noviembre de 1896, Núm. 565.

Se trata de una visión civilista, pero también democrática y iuspublicista de la responsabilidad para las personas jurídicas de derecho privado, pero también para las públicas, razón por la cual, muchos años después, historiando la evolución del instituto de la responsabilidad dijo el Consejo de Estado, en fallo del 30 de septiembre de 1960: *“Nuestra Corte Suprema de Justicia influenciada por la doctrina francesa acogió en múltiples fallos la concepción civilista de la responsabilidad del poder público con base en el artículo 2349 del Código Civil (...) de conformidad con ella asimilaba al Estado o a la entidad de derecho público al amo, patrón o empleador para deducirle responsabilidad (...)”*⁶. Claro, se trata de una afirmación parcialmente cierta, porque el caso Garibaldi del departamento de Panamá, acabado de citar, desmiente el juicio interpretativo del Consejo de Estado, porque esta Corte, hizo una interpretación originaria y democrática con carácter vanguardista.

3. Fase de la responsabilidad directa con fundamento en el artículo 2341 que se extiende de 1938 a 1941. En este segmento temporal encontramos la decisión del 21 de agosto de 1939⁷, donde la propia Corte, además preconiza la teoría administrativista de la responsabilidad por falla en el servicio. Expuso: *“La teoría basada en la culpa in eligendo y la culpa in vigilando, ha situado esta tesis de la*

⁶ COLOMBIA, CE, Sent. del 30 de septiembre de 1960, C.P. Francisco Eladio Gómez, Actor Esther Wolf de Posada, A.C.E. Tomo LXIII, No 392-396, p. 728.

⁷ G.J. T. XLVIII, 1950, p. 663. Recordada también por Libardo Rodríguez, en Compendio de Jurisprudencia CD-Room.

responsabilidad indirecta del Estado por causa del funcionamiento de los servicios públicos en el campo de la responsabilidad por el hecho ajeno (...). Pero este tipo de responsabilidad no es la que corresponde exactamente en tratándose de la responsabilidad civil extracontractual de personas jurídicas de derecho público, porque en estos casos no existe la debilidad de autoridad o la ausencia de vigilancia y cuidado que figura indefectiblemente como elemento constitucional de responsabilidad por el hecho ajeno”.

La cuestión fáctica aludía a la construcción del Colector del Río San Francisco de Bogotá, en el centro de esa ciudad, con ocasión de un torrencial aguacero, el 14 de octubre de 1932 y cuyas aguas superaron la capacidad del vertedero, inundando los predios aledaños; sin solución eficaz del municipio. El 19 de noviembre de la misma anualidad hubo una nueva tormenta de magnitud, que desbordó ese colector y volvió a inundar los mismos predios. La *ratio decidendi* en responsabilidad extracontractual del Estado, abandona tajantemente el tratamiento basado en la culpa, *in – eligendo e in - vigilando*, fincándola nuevamente en la responsabilidad directa y en la falla en servicios públicos, con la consecuente obligación de indemnizar los daños. Para entonces razonó:

“Fue el Municipio de Bogotá, como no podía dejar de serlo, quien contrató sobre especificaciones técnicas dadas por su órgano adecuado – la dirección de Obras Públicas Municipales – a cuya satisfacción debía hacerse la entrega de la Obra, la construcción del colector y alcantarillas en referencia (...).

“Para efectos de localizar la responsabilidad civil de la entidad municipal en relación con el mal funcionamiento de la obra costeadada por los particulares y destinada a la prestación de un servicio público urbano, lo mismo significa que tal obra haya sido hecha por los funcionarios municipales directamente o por medio de contratos de construcción intervenidos por los ingenieros oficiales. Siempre es el Municipio el autor y responsable directo del funcionamiento eficiente e inocuo del servicio (sic.) (...).

“Se ha llegado a admitir generalmente la responsabilidad civil de esta especie de personas morales sobre la consideración de que hubo culpa de su parte en la escogencia o elección de la persona que en su representación y a su nombre debe ejecutar determinados actos que ocasionan daños, o porque la persona jurídica no ejerció sobre esos representantes o agentes la vigilancia necesaria para evitar la ocurrencia de los actos culposos generadores de la obligación de indemnizar perjuicios. Esta teoría basada en la culpa in-eligendo y en la in-vigilando ha situado esta especie de responsabilidad indirecta del Estado por causa del funcionamiento de servicios públicos en el campo de la responsabilidad por el hecho ajeno; pero en realidad esta forma de responsabilidad por otro que se presenta en los casos determinados en la ley cuando una persona que está bajo la dependencia y cuidado de otra ocasiona un daño a un tercero, que no pudo impedir el responsable con la autoridad y cuidado que su respectiva calidad le confiere y prescribe (artículos 2347, 2348 y 2349 C.C.), no es la que corresponde en tratándose de la responsabilidad civil extracontractual de personas jurídicas de derecho público, porque en estos casos no existe realmente la debilidad de autoridad o la ausencia de vigilancia y cuidado que figura indefectiblemente como elemento constitucional de la responsabilidad por el hecho ajeno, ya que la calidad de ficticias que a ellas corresponde no permite en verdad establecer la dualidad personal entre la entidad misma y su representante legal que se confunden en la actividad de la gestión.

“Esta teoría de la responsabilidad por otro para justificar la del Estado cuando causa daños a otros como gerente de los servicios públicos derivada de los principios del derecho civil que consagra la responsabilidad de los amos por los hechos culposos de sus dependientes, está revaluada por la nueva concepción que quiere fundar la responsabilidad culposa en un concepto objetivo principalmente, equivalente al deber del Estado de reparar los daños que cause a los ciudadanos por el funcionamiento inadecuado de los servicios públicos, con secundaria

*consideración a la falta o culpa imputable a los agentes encargados legalmente de poner en actividad esos servicios*⁸.

Aboga, entonces, por un sistema de responsabilidad directa, mediado por el de culpa probada. La Corte defiende la tesis de la responsabilidad directa, porque era injustificado separar o distinguir la responsabilidad de la persona moral y la de sus agentes, porque una y otros, forman una unidad, un mismo ente, por consiguiente, la actuación de los dependientes era la de la persona jurídica y, por tanto, la conducta activa o pasiva de los agentes, era la misma actuación del ente moral, esfera dentro de la cual la responsabilidad del agente era la de la entidad, siendo innecesaria la presunción de esa vinculatoriedad. Sin embargo, en otros fallos se utilizaba la teoría de la responsabilidad indirecta.

Por lo tanto, las personas jurídicas responden directamente por los daños causados por sus agentes, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, que estén bajo su vigilancia, dependencia, guarda, o por el ejercicio del objeto social cuando afecta a terceros; bien sea por el hecho propio o por el ajeno o por cosas. Para las personas físicas se exige la comisión de culpa, al amparo del artículo 2341 del C.C.; pero cuando se trataba de personas jurídicas, simplemente debía probarse que el daño se causó en ejercicio de las funciones de la persona jurídica.

4. Fase de la teoría organicista

⁸ COLOMBIA, CSJ. Civil. Sentencia del 21 de agosto de 1939, Mg. Pon. Hernán Salamanca.

En algunas decisiones, hacia 1944, la responsabilidad es orgánica porque el ente moral se asimila a un organismo, con dos clases de agentes, quienes son voceros o representantes de la entidad autorizados para ejercer la dirección y el control, y por lo tanto, son sus órganos; y por quienes no actúan así, no representan la voluntad de la entidad, y se conocen como auxiliares. Si el hombre responde por el daño que causen sus órganos, las personas jurídicas por los individuos que actúan como sus órganos, entrañando responsabilidad directa, por la vía *“culpa del servicio”*, y no por proposición, comisión o mandato, por constituir sus propios órganos, donde la relación agente - persona moral es inmediata; pero cuando el daño es protagonizado por quienes no son agentes, deviene en mediata o indirecta. Empero, es en el año 1962, en el fallo Tinjacá, donde la propia Corte descarta esta teoría, por la dificultad para aplicarla.

En esta corriente se halla la sentencia del 15 de mayo de 1944 de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, en el caso de la Tragedia de Aviación del Campo de Santa Ana, sucedida el 24 de julio de 1938, donde los afectados, Orozco - Rendón demandaron a la Nación por los perjuicios materiales y morales por la muerte de la hija Elvia y las heridas causadas a otro hijo, con fundamento en los arts. 2341, 2346 y 2347. Expresa la Corte: *“(...) puede afirmarse que los órganos de la persona moral son los funcionarios con autonomía e iniciativa y con capacidad para encarar la voluntad del Estado. Hay*

empleados públicos que no son funcionarios, y dentro de los funcionarios puede haber algunos que en el ejercicio de su función no alcanzan a encarnar la voluntad de la entidad pública y por tanto a comprometer su responsabilidad. Solamente serán sus órganos los funcionarios que reúnen aquellas calidades.

“Y hay que observar que esa calidad de órgano es muchas veces permanente y en otras especial y transitoria, siendo la última clase cuando el órgano auténtico delega, por autorización expresa y especial, su voluntad representativa en una persona determinada y para un fin concreto.

“Aplicando estas ociones al caso de la responsabilidad (...) a cargo de la Nación, se observa que la revista aérea (...) fue ordenada expresamente por el Gobierno y sus órganos superiores (...)”⁹.

Es una concepción organicista del Estado que lo ve como una organización, de modo tal que la actuación de sus agentes o voceros constituye un hecho de la propia administración de donde se desprende que la responsabilidad que surge para el ente moral, es siempre directa, marco dentro del cual podrían ubicarse las sentencias del 27 de octubre de 1947, del 16 de abril de 1955, del 6 de diciembre de 1959, del 1 de septiembre de 1960, del 14 de abril de 1961. En decisión de febrero de 1958, recordó:

“(...) Las personas jurídicas obran también mediante órganos. El órgano es la persona o conjunto de personas encargadas del cumplimiento de una función colectiva propia de la organización y

⁹ COLOMBIA, CSJ. Sala de Negocios Gnerales, sent de 15 de mayo de 1944, Mg. Pon. Dr. Anibal Cardoso Gaitán. G. J. T. XI del 2 de noviembre de 1896, Núm. 565.

*finés a que se dedica la persona jurídica; por ser un órgano propio y necesario para el cumplimiento de los fines (...) por ser parte integrante de su existencia y constitución, se miran los actos de semejante órgano como actos propios y directos de la persona jurídica*¹⁰.

La tesis que conlleva es limitante con relación a quienes no son depositarios de la voluntad de la persona jurídica, por cuanto, quedan cobijados por la responsabilidad indirecta, mientras quienes tienen asignada esa facultad, lo hacen bajo el esquema de la responsabilidad directa.

5. Fase de la responsabilidad funcional, anónima, de falla del servicio o no individual para el caso acciones contra el Estado y tránsito definitivo de la responsabilidad extracontractual estatal a la jurisdicción contencioso - administrativa.

En este periodo, más que emerger la responsabilidad estatal anclada en la falla del servicio, se consolida la lectura de la responsabilidad de las personas públicas por parte de la Corte Suprema de Justicia, para obligar al Estado a indemnizar a los particulares, con apoyo en la teoría de la falla o falta del servicio. Pero correlativamente, como arriba se expuso, se entrega el manejo de la responsabilidad estatal en términos generales a la jurisdicción de lo contencioso administrativo con el Decreto 528 de 1964.

¹⁰ COLOMBIA, CSJ., Civil. sentencia del febrero de 1958.

En esta etapa, aparece la célebre sentencia de casación, “*Tinjacá*” del 30 de junio de 1962¹¹, que finca la responsabilidad no en la culpa *in vigilando* o *in eligendo*, sino en el modelo de la directa, apoyándose, tanto en el artículo 2341 del C.C., como en el 16 de la Constitución de 1886, según el cual, “*llas autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, y asegurar el cumplimiento de los deberes del Estado y los particulares*”. Diseña un esquema de culpa presunta, por tratarse de culpa anónima u orgánica, directa de la persona jurídica, más no de la culpa individual del agente. Se distancia del modelo organicista, porque ya no interesa la posición de los agentes o de la jerarquía del agente o vinculado que incurra en el daño. Todos los dependientes por sus actos estructuran un factor de atribución de responsabilidad para la persona jurídica.

En el asunto “*Tinjacá*”, el día 25 de diciembre de 1961, a las cinco y media de la mañana (aproximadamente), un vehículo del Cuerpo de Bomberos de Bogotá conducido por Germán Martínez transitaba en contravía por la carrera 24 de la Capital de la República, y en su tránsito, arrolló a dos personas, Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planells, causándoles graves lesiones. En las instancias fue condenado el municipio de Bogotá.

¹¹ COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. de Cas. del 30 de junio de 1962, M. P. José J. Gómez, actor. Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planells Vs. Municipio de Bogotá, G. J. Nos. 2256, 2257, 2258 y 2259, XCIX.

En el fallo, la Corte analiza la trayectoria de la jurisprudencia sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en materia aquiliana, y al resolver el primer cargo, en el punto trece compendió la responsabilidad indirecta de los entes jurídicos, así:

"a) Existe una responsabilidad civil indirecta de la persona moral, privada y pública, basada en el hecho dañoso de sus agentes, por los actos ejecutados en ejercicio de sus cargos o con ocasión de los mismos, cualquiera que sean la posición jerárquica de aquellos y la especie o calidad de sus funciones o tareas;

"b) Se presume la culpa de la persona moral, porque ésta tiene la obligación de elegir el personal y de vigilarlo diligentemente;

"c) Dicha presunción puede desvirtuarse probando ausencia de culpa;

"d) Existe, además, una responsabilidad personal del autor del daño frente a la víctima;

"e) Responden solidariamente al damnificado la persona jurídica y el agente infractor, con el derecho de la primera a ser reembolsada por el último;

"f) La acción indemnizatoria contra la persona moral prescribe en tres años; contra el autor, si se trata de infracción penal, en el lapso de prescripción de la pena, o en veinte años, si de cuasidelitos, y

"g) Le sirven de arraigo a esta doctrina, especialmente, los citados artículos 2347 y 2349 del Código Civil, que tratan de la responsabilidad indirecta por los hechos llamados "ajenos" ¹².

Posteriormente, encara la evolución de la tesis de la responsabilidad directa y de la responsabilidad por las "fallas del servicio público" al interior de la Corte, en

¹² COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. de Cas. del 30 de junio de 1962, M. P. José J. Gómez, actor. Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planells Vs. Municipio de Bogotá, G. J. Nos. 2256, 2257, 2258 y 2259, XCIX.

relación con las personas jurídicas, para identificar sus principales distintivos:

“a) La culpa personal de un agente dado compromete de manera inmediata a la persona jurídica, porque la culpa de sus agentes, cualesquiera que éstos sean, es su propia culpa; subsiste, por tanto, como base de responsabilidad el hecho dañoso de un agente determinado;

b) Las obligaciones de elección y vigilancia diligentes, propias de la responsabilidad por los hechos “ajenos” de las personas naturales, que contempla el artículo 2347, no explican la responsabilidad de los entes morales; y desaparecen, en consecuencia, las presunciones de culpa de éstos fundadas en dichas obligaciones;

c) La entidad moral se redime de responsabilidad probando un hecho extraño (caso fortuito, hecho de terceros o culpa de la víctima);

d) Responden del daño, solidariamente, la persona jurídica y el autor, y aquella puede exigir de éste el valor de la reparación satisfecha a la víctima;

e) La acción contra la persona moral prescribe conforme al derecho común, en veinte años; contra el agente, en tres años, y

f) Arranca esta nueva forma de tratar la responsabilidad de los entes morales, del artículo 2341 del Código Civil, fundamento general de la responsabilidad extracontractual”¹³.

Luego, expone cómo la tesis de la responsabilidad directa sufrió dos variantes, una en relación con las personas morales privadas y públicas, y otra, respecto de éstas últimas, únicamente. Analiza las dos posiciones, y con relación a la tesis de la falla del servicio, presenta sus caracterizaciones:

¹³ COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. de Cas. del 30 de junio de 1962, M. P. José J. Gómez, actor. Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planells Vs. Municipio de Bogotá, G. J. Nos. 2256, 2257, 2258 y 2259, XCIX.

“a) Se sustituye la noción de culpa individual de un agente determinado, por la “falla del servicio”, o culpa de la Administración; desaparece, en consecuencia, la necesidad de demostrar la acción o la omisión de un agente identificado; es suficiente la falla funcional, orgánica o anónima;

b) Se presume la culpa de la persona jurídica, no por las obligaciones de elegir y controlar a los agentes cuidadosamente, puesto que las presunciones basadas en estas obligaciones no existen en la responsabilidad directa, sino por el deber primario del Estado de prestar a la colectividad los servicios públicos;

c) Basta a la víctima demostrar la falla causante y el daño;

d) En descargo de la Administración no procede sino la prueba de un elemento extraño (caso fortuito), hecho de un tercero o culpa de la víctima;

e) Si el daño se produce por el hecho de un determinado agente, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, la Administración y el agente responden solidariamente al damnificado, con acción de reembolso a favor de aquella;

f) Los actos u omisiones dañosos del agente, por fuera de los servicios públicos, generan una responsabilidad exclusiva del mismo;

g) La acción indemnizatoria contra la Administración prescribe según las reglas generales, por tratarse de responsabilidad directa, y la acción contra el agente determinado, si lo hubiere, en tres años, aplicando en este caso el artículo 2358 del Código Civil;

h) La Corte ha sustentado esta doctrina en el artículo 2341 del Código Civil, base de la responsabilidad extracontractual directa”¹⁴.

Infiere, entonces, que defiende esta última tesis, pero no como responsabilidad objetiva, por reposar en el factor

¹⁴ COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. de Cas. del 30 de junio de 1962, M. P. José J. Gómez, actor. Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planells Vs. Municipio de Bogotá, G. J. Nos. 2256, 2257, 2258 y 2259, XCIX.

culpa, cuya raíz se halla en la misión de Estado; ni tampoco como teoría del riesgo creado, modalidad de responsabilidad objetiva, y que esta sentencia “(...) algunos defienden para los casos de las actividades peligrosas. Respecto de éstas la jurisprudencia nacional tiene establecidas presunciones de culpa, expuestas a ser desvirtuadas mediante la demostración de uno de los hechos exceptivos que admite la doctrina”¹⁵.

Ulteriormente, compendia las características de la tesis organicista, para mostrar el estado de la jurisprudencia para el momento del fallo, y señalar cuál es, la tesis a pregonar en el fallo, en materia de responsabilidad de las personas jurídicas:

“Tales consideraciones han llevado a la Corte a revaluar las antedichas tesis y a preferir, como consecuencia, la directa, en el ámbito de las personas jurídicas privadas, partiendo de la presencia del factor culpa de las mismas, como repercusión del hecho de sus agentes; y en el campo de la Administración, de las “fallas del servicio”, caracterizada por el deber primario del Estado de suministrar los servicios públicos y por una orientación social más adecuada a estos tiempos (...).

“Lo cual no excluye la construcción doctrinaria reiterada con apoyo en el artículo 2356 del Código Civil, sobre responsabilidad por el daño producido en actividades peligrosas, respecto de los cuales se presume la culpa de las personas naturales y jurídicas, presunciones que conducen a eximir a la víctima de probar la culpa, para contrapesar la desventajosa situación de los particulares frente a quienes se mueven en un radio de acción

¹⁵ COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. de Cas. del 30 de junio de 1962, M. P. José J. Gómez, actor. Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planells Vs. Municipio de Bogotá, G. J. Nos. 2256, 2257, 2258 y 2259, XCIX.

caracterizado por la peligrosidad o en cuyas funciones -como acontece con el Estado- figuran algunas de esta naturaleza”¹⁶.

Por consiguiente, en esta hipótesis, la Corte defiende la teoría de la falla del servicio, aún vigente en el propio Consejo de Estado para la responsabilidad extracontractual del Estado, expuesta como proyección del deber del Estado de prestar a la comunidad los servicios públicos, de tal modo que las irregularidades o deficiencias de estos, deben ser reparadas por la Administración, como fruto de la falta funcional o anónima, amalgamando normas civiles y constitucionales, 2341 del C.C y 16 de la Carta de 1986.

Esta tesis fue reiterada, por la propia Corte, en decisión de la Sala de Negocios Generales del 21 de octubre de 1962, donde, ampliando lo tocante con la prescripción, expuso: *“Como cuestión previa al examen de los elementos de la acción incoada, debe hacerse referencia a la excepción de prescripción que el señor Procurador Delegado en lo Civil discute en su alegato de segunda instancia. Considera el mencionado funcionario que la acción indemnizatoria ha prescrito, por cuanto (...) la demanda fue presentada cuando ya habían transcurrido más de tres años desde el acaecimiento en que se funda la reclamación de perjuicios.*

“La Corte, en sentencias de 30 de junio del presente año, dictadas por la Sala de Casación Civil en el ordinario de Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planells contra el municipio de Bogotá y por la Sala de Negocios Generales en el de Aníbal Gómez y otros contra la Nación, no publicadas todavía en la Gaceta Judicial, profesa

¹⁶ COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. de Cas. del 30 de junio de 1962, M. P. José J. Gómez, actor. Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planells Vs. Municipio de Bogotá, G. J. Nos. 2256, 2257, 2258 y 2259, XCIX.

que la responsabilidad del Poder Público en casos de culpa extracontractual se funda en la falta de servicio, y que por tanto se rige, como directa por la norma del artículo 2341 del C.C. y no por la de los artículos 2347 y 2349 de esa obra. En esos fallos recientes, cuyas conclusiones convienen a este caso y a las cuales se remite la Sala, se sienta que tratándose de la responsabilidad de las personas morales, en general, por la culpa de sus dependientes o comisionados, y de la de las entidades públicas de cualquier grado, en particular, por la culpa de sus funcionarios o empleados, no puede hablarse de responsabilidad (o causalidad) indirecta, sino que ésta se configura siempre como directa, porque la persona jurídica o el Poder Público absorben la culpa del empleado o subalterno; aquélla, porque es quien realmente obra o actúa al través de sus agentes, y éste, además, porque todo daño inferido por acto o hecho de un funcionario debe atribuirse a una falta del servicio. Así, la prescripción no se rige por la regla especial del artículo 2358 in fine del C.C., que se ha entendido en la jurisprudencia más generalizada como relativa a la acción de responsabilidad indirecta, sino por la común del inciso 29 del artículo 2536¹⁷.

Nótese, las providencias del 30 de junio de 1962¹⁸ de la Sala de Casación Civil y, la de 31 de octubre de 1962 de la Sala de Negocios Generales, de la Corte Suprema, publicadas en el tomo XCIX de la Gaceta Judicial, reformulan con claridad la doctrina sobre la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas, tanto para las públicas como para las privadas, concibiéndola, como directa, superando las tesis de la indirecta. Desde entonces, sin vacilación, ha forjado toda una doctrina probable, completándola con las sentencias: 20 de febrero de 1964 (CVI, 130 y 131); 16 de marzo de 1964 (XVI, 192); 17 de junio del mismo año (CVII, 807); 9 de diciembre de 1969 (CXXXII, pág. 209); y 5 de julio de 1971 (CXXXIX, pág. 18). Por consiguiente, los directivos, gestores,

¹⁷ COLOMBIA, CSJ. Sala de Negocios Generales, 31 de octubre de 1962, página 690, l 9).

¹⁸ COLOMBIA, CSJ, Casación Civil, Sentencia de fecha 20 de mayo de 1993, CCIX, 88 y ss.

auxiliares, dependientes no están unidos por las categorías “cuidado”, “vínculos de guarda, familia, educación o trabajo”, según se sostenía al amparo de los artículos 2347, 2349 como hecho de terceros, sino que los entes morales o las personas jurídicas, incurrir en culpa propia por ser la responsabilidad directa, y no indirecta.

De tal modo, que las providencias del 28 de octubre de 1975, y luego la del 11 de mayo de 1976, no hacen otra cosa que iterar, aquélla doctrina de 1962 de la responsabilidad directa de las personas jurídicas. En la del 28 de octubre de 1975, la Corte aclara, nuevamente, el término prescriptivo y reitera que las personas jurídicas responden de manera directa por la conducta de todos sus agentes, cuando causen daños a terceros, criterio que ha venido reproduciendo posteriormente, como en casación de 1993, cuando expuso:

“La responsabilidad imputable a las personas jurídicas y originada en actos dañosos cometidos por agentes que obran en su interés es directa ya que la culpa en que puede incurrir la persona moral es inseparable de la individual del agente, porque aquélla obra por medio de sus dependientes o empleados, de modo que los actos de éstos son sus propios actos. La acción resarcitoria contra estas personas prescribe según el derecho común en veinte años”¹⁹.

En consecuencia, el análisis histórico de la doctrina jurisprudencial en la Corte Suprema de Justicia, refleja con tesón, que las personas jurídicas responden en forma directa, porque la culpa del agente, funcionario, subalterno

¹⁹ COLOMBIA, CSJ, Casación Civil, Sentencia de fecha 20 de mayo de 1993, M.P: Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

o directivo, auxiliar en cualquier rango, compromete de manera inmediata, inseparable e inescindible a la persona jurídica, en desarrollo de su objeto social, o cuando la persona moral se beneficia económicamente de la actividad o cuando aquellos desempeñan tareas propias de la persona jurídica o empresa, o cuando ésta ejerce la guardianía; no se trata de responsabilidad indirecta por el hecho ajeno, “*in vigilando*”, “*in eligendo*”, caso en el cual, se correspondería a una responsabilidad por el hecho de terceros, que ocurre cuando la conducta dañosa es desplegada por una persona natural respecto de quien otra tiene los deberes de cuidado y vigilancia (artículo 2346 y ss. del C.C.C.).

Esa distinción tiene trascendencia, se insiste, no solamente con respecto al sistema médico o de salud, sino que tiene implicaciones para todas las hipótesis en donde las convocadas son personas jurídicas, y con respecto a las consecuencias en los derechos para las víctimas para la prescripción que puedan alegar las personas jurídicas por los hechos y actos de sus agentes, porque si la responsabilidad es directa la prescripción será la común, antes de veinte años en el marco de la Ley 50 de 1936 o de 10 años según la Ley 791 de 2001²⁰ mientras que si es indirecta será la especial, que para el caso colombiano, se establece en tres años (artículo 2358 del C. C.C.).

Las personas jurídicas o morales por el hecho de sus dependientes, representantes, agentes causantes de daños

²⁰ COLOMBIA, Diario oficial, Diario Oficial No 45.046, de 27 de diciembre de 2002.

a terceros, cualquiera sea la actividad o el rol funcional o jerárquico de que en ellas desempeñen, en cualquiera de las actividades donde actúan, y de las cuáles no se sustrae la médica, la responsabilidad es directa, no indirecta o de terceros, descartando cualquier exoneración al amparo de la prescripción trienal del 2358 del C.C., tal cual quedó clarificado en las últimas decisiones analizadas, como la del caso “*Tinjacá*” de 1962. Cuando no se demanda a una persona moral como tercero, sino directamente por el hecho de sus subalternos; desde entonces, a hoy, ha sido sólida la jurisprudencia, en una lectura *pro víctima*, esencialmente en su consecuencia, con la prescripción.

La sentencia del 28 de octubre de 1975, en el caso de Miguel Rendón y otros contra la Caja de Crédito Agrario, al estudiar las llamadas responsabilidad directa y responsabilidad indirecta de las personas jurídicas, no hace otra cosa que iterar la exposición del año 62 del Magistrado José J. Gómez, para ahora, poner de presente, que la persona jurídica no puede exonerarse demostrando que no incurrió en culpa *in eligendo* y culpa *in vigilando*, sino en la existencia de fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o culpa de la víctima.

Similar reproducción se halla en las decisión del 11 de mayo de 1976 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del doctor José María Esguerra Samper, cuando la Corte casó el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 27 de enero del mismo año, en el proceso ordinario

promovido por Fabio Patiño y Ofelia Salazar de Patiño contra *"Embotelladora de Medellín S.A."*, por la muerte del joven Uriel de J. Patiño Salazar, arrollado en Medellín el 26 de diciembre de 1970, por el vehículo de placas A-65799 de la sociedad demandada, cuando repartía el producto Coca Cola.

De tal modo que la responsabilidad de las personas jurídicas y la solidaridad, entre ellas, cuando intervienen mancomunadamente, en sus actividades viene siendo prevista por la doctrina con ilustración y solidez en el marco de la responsabilidad directa, como visión, que a pesar de las vicisitudes ha sido reiterada, como en el antecedente siguiente de 1991:

"4.- Entre las situaciones contempladas por el artículo 2347 del Código Civil se encuentra ciertamente la de los patronos o empresarios, o sea de quienes tienen la facultad de disponer, dirigir o dar órdenes a otro, el cual está sujeto a la vigilancia de aquellos. Se consagra allí una presunción de culpa que admite prueba en contrario, pues permite a las personas civilmente responsables exonerarse demostrando que con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe no pudieron impedir el hecho (G.J. No. 1981, pág. 761). Pueden, de consiguiente, demostrar que el daño no se debió a culpa del dependiente o subordinado, salvo cuando al hecho de éstos se sume el ejercicio de actividades peligrosas, por cuanto entonces entra a regular la situación el artículo 2356 del Código Civil.

"5.- También es aspecto suficientemente dilucidado por esta Corporación el de que la responsabilidad civil en que pueden incurrir las personas jurídicas, tanto de derecho privado como de derecho público, es directa, o sea "...la que a toda persona con capacidad de obrar por sí misma corresponde por sus propias acciones... pues, cuando se demanda a una persona mora para el pago de los perjuicios ocasionados por el hecho culposo de sus subalternos, ejecutado en ejercicio de sus funciones o con ocasión

de estas, no se demanda al ente jurídico como tercero obligado a responder de los actos de sus dependientes, sino a él como directamente responsable del daño". (CII, primera parte, 274)²¹.

Y en concordancia de las reglas 1568 y 2344 del C.C., se halla la solidaridad entre los intervinientes en el acto, cuando la responsabilidad es extracontractual, por disposición expresa del legislador, cuando se enfrentan hechos dañosos.

Criterio análogo compete tener en cuenta en el ámbito de la responsabilidad contractual médica, en relación con las personas morales, porque no existe diferencia de grado ni de fuente obligacional. En ambas hipótesis se discute un comportamiento o una conducta lícita o ilícita que finalmente tiene repercusiones antijurídicas, engendrando un daño o perjuicio y la existencia de una relación causal que, por regla general, debe contemplar el grado de culpabilidad que le incumbe a los demandados, esto último, teniendo en cuenta, como especificidad de responsabilidades convencional: a) La vigencia de la premisa 1604 del C.C. para las obligaciones contractuales, sobre la responsabilidad del deudor en los contratos, que impone auscultar a quién le incumbe la prueba del caso fortuito y la culpa en los términos del art. 63 ejúsdem, y b) La naturaleza especial de la actividad médica, para establecer si la asunción del galeno conlleva obligaciones de medios o de resultados, dado que la terapia curativa es por regla

²¹ COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. del 17 de abril de 1991, Mg. Pon. Rafael Romero Sierra.

general aleatoria; claro, en el marco de la diligencia y de la observancia de la *lex artis*.

Sin embargo, para la admisión de la demanda y el fallo de fondo, así el demandante se haya equivocado en la proposición del libelo, ante la irregular separación de jurisdicciones para un mismo problema, cómo ante la inveterada costumbre de negar súplicas cuando en la promoción de demandas se plantea una responsabilidad contractual, siendo extracontractual, o viceversa; en cualquiera de estas dos hipótesis, el juez debe fallar de fondo, sin dilación, porque el problema jurídico se refiere a un derecho subjetivo vital y esencial, pero también fundamental o de linaje constitucional, que no puede dar pie para razonamientos formales que pisotean el derecho tornando injusta la decisión. De tal modo, que ese es un problema meramente “nominal”, que debe ser superado para resolver el fondo bajo el prisma que debe gobernar el caso según el tipo de premisas sustanciales que deban adjudicarse o interpretarse.

La existencia de una obligación previa no es determinante o elemento distintivo para marcar la diferencia entre responsabilidad contractual o extracontractual, porque, en todo caso, siempre existirá el deber de respetar en toda relación intersubjetiva los derechos subjetivos dimanantes ora del contratante, o ya de la relación de alteridad entre quienes nos relacionamos diariamente, cuando un derecho subjetivo es menoscabado.

De modo que haya o no contrato previo en el marco del derecho, la responsabilidad se finca siempre en el deber de respeto de los derechos de los otros cuando surgen relaciones sociales o de convivencia, por consiguiente, haya o no contrato, el juez no puede ignorar el derecho para aplicarlo al contexto planteado por las partes fallando el fondo de la cuestión, aspecto que, de vieja data, se plasma en el sabio principio "*iura novit curia*". Si se causa un perjuicio a uno de los coasociados mediando o no convenciones o contratos jurídicos, quien cause un perjuicio o incumpla sus propias obligaciones debe reparar el perjuicio causado, bajo la estructura del principio *naeminem laedere*.

Son los hechos y los derechos en juego, los que marcan el sendero de la decisión, no los idealismos, los formalismos o los conceptualismos que obstruyen la aplicación de la justicia. Teóricamente se pueden escribir inagotables, eternas y consistentes páginas para distinguir una y otra forma de responsabilidad, en su estructura, naturaleza, prueba, culpa, prescripción, génesis, acumulación simultánea, hibridismos o puridad de los sistemas de responsabilidad, pero en la historia de la víctima, del afectado o del usuario, de los marginados del mundo, y quienes hoy, aquí y ahora acuden al sistema judicial, apenas esperan que el Estado le dispense justicia o equidad y que se les decida pronta y cumplidamente, sin artificios teóricos el fondo de la causa.

Los preciosismos conceptuales o procesales, a la hora de hacer justicia en el Estado constitucional cuando se generan conductas antijurídicas que afectan derechos fundamentales, forman parte del paradigma de los eruditos, de los doctores, de los doctrinantes y de los idealistas, pero no de la vida, de quien levanta la mano y presenta el libelo desde la vida real para reclamar justicia; siéndole indiferente identificar o reclamar técnicamente una u otra clase de responsabilidad, porque lo máximo que puede exigir el juez al justiciable, es que exponga o entregue los hechos y las pruebas constitutivas del daño por la violación de un derecho, para que adjudique y restablezca la relación de alteridad herida o destruída.

Pero, adicionalmente, la cuestión de la responsabilidad contractual de las personas jurídicas también se ha debatido. El Consejo de Estado, como la Corte, han discutido, el primero, en una sentencia de 1992²², en uno de los tantos litigios que llegaron contra el extinto, Instituto de Seguros Sociales por responsabilidad médica. En el caso, dio por demostrado el mal funcionamiento de una clínica por retardo en la atención, como imputable al mencionado Instituto por dilación asistencial, separando las obligaciones deontológicas o jurídicas del médico, como profesional de las de la institución sanitaria, motivando, que *"(...) no puede esto significar que el acierto de los médicos y la ausencia de culpa en sus procedimientos exonere automáticamente a la administración, cuando, como*

²² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de marzo de 1992. Consejero Ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta. Copia tomada directamente de la Corporación.

*en el caso que se estudia, resulta ostensible un descuido, una equivocación, un error, eventualmente originado en el mantenimiento del equipo quirúrgico del hospital (...) y ajeno a la conducta de los profesionales intervinientes en el tratamiento quirúrgico*²³.

Con profundidad la Corte abordó el tema en un fallo de 2002, discutiendo un problema oftalmológico, donde un profesional utilizó personal e instalaciones de una clínica, cuyo principal problema jurídico giró en torno al tipo de responsabilidad del agente (médico tratante - ejecutor material de la prestación de servicios médicos) en el *vínculum* contraído por la persona jurídica, como institución deudora de salud frente al usuario o paciente.

En el caso, Jorge Enrique Parra Rodríguez demandó a Oftalmos S.A. y Alejandro Arciniegas Castilla, para que se les declarara contractualmente responsables de los daños que le causaron con ocasión del tratamiento médico e intervención quirúrgica a que fue sometido, por cuanto ingresó por el servicio de urgencias a la Policlínica de Ibagué, por haber recibido un golpe en su ojo derecho, practicándosele allí un lavado y la extracción de fragmentos del lente ocular por *“trauma ocular derecho”*. Luego, exactamente el 28 del mes y año mencionado, el demandante acudió al servicio de urgencias de la Clínica Barraquer donde fue atendido por el oftalmólogo Alejandro

²³²³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 12 de marzo de 1992. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández. (Sentencia Número 6637). Copia tomada directamente de la Corporación.

Arciniegas Castilla, quien luego de practicarle un “examen midriasis paralítica”, diagnosticó la necesidad de realizar una “cirugía refractiva de ambos ojos para su segura mejoría”. El 8 de octubre de 1992, el médico demandado le practicó “queratotomía paralela con micro perforación y aire en cámara anterior en ambos ojos”.

La Sala de Casación Civil, vistas las circunstancias fácticas comprobadas, halló establecida la relación contractual sin género de duda, de modo que:

“(...) [L]a decisión adoptada por el tribunal al deducir responsabilidad contractual tanto a (...) (contratante y deudor original), como al agente, el médico (...), quien ejecutó materialmente la prestación asumida por la primera, se explica en la estructura de la relación obligacional que entre dichas personas se generó, la cual se caracteriza por la unidad del objeto de la prestación, puesto que hay identidad entre el compromiso adquirido por la clínica (persona jurídica codemandada) y el del médico que con la aquiescencia (en el caso) del acreedor procedió a la ejecución del tratamiento, en su condición de agente o ‘sustituto’, como lo llama el recurrente, de la citada sociedad. De suerte que si el objeto de la obligación es exactamente el mismo, razón por la que demanda un comportamiento uniforme, guiado por un mismo fin, cual es el cumplimiento de los deberes contractuales originalmente adquiridos, lógicamente se debe predicar una unidad de tratamiento jurídico en el ámbito de la responsabilidad para la clínica y el médico tratante, pues mientras que la primera responde por el incumplimiento del contrato que efectivamente celebró, el segundo lo hace como ejecutor fallido de idéntico objeto prestacional”²⁴.

En otro segmento, considera:

²⁴ COLOMBIA, CSJ. Civil, Cas. Sent. 6430 de 11 septiembre de 2002, Mg. Pon. Dr. José Fernando Ramírez Gómez.

“A decir verdad, el tema que plantea el caso no ha sido ajeno al tratamiento doctrinal, pues desde antaño ha estado bajo examen, porque si bien es cierto que el principio de los efectos relativos del contrato, excluiría la responsabilidad del tercero, pero en todo caso encargado de la ejecución del contrato, del marco de la responsabilidad contractual, para ubicarlo obviamente en el régimen extracontractual, lo cierto es que razones de equidad y de protección de la víctima, han inclinado a la doctrina y a la jurisprudencia, y hasta cierto punto a la ley, como lo comenta Javier Tamayo Jaramillo, a atribuirle “a dicho tercero” una responsabilidad contractual. Finalmente —dice—, “la doctrina y la jurisprudencia más recientes en el derecho comparado han concluido que el acreedor contractual tiene una acción necesariamente contractual contra el subcontratista con quien el deudor contractual inicial había contratado la ejecución del contrato. Se considera que como el objeto de la prestación en ambos contratos es exactamente el mismo, el acreedor inicial perfectamente puede demandar por vía contractual a cualquiera de los dos deudores”²⁵.

“Particularmente la doctrina argentina ha optado por la señalada tendencia en consideración a que “el auxiliar” está sujeto a “una responsabilidad accesoria, que se modela, por tanto, sobre la que incumbe al deudor (hay por lo demás, una “complicidad” entre principal y dependiente que no puede desentrañar el acreedor)”. Se trata en estos casos (se refiere exactamente a la responsabilidad civil del médico, Jorge Mosset Iturraspe), “de una responsabilidad accesoria”, en la cual incurre no cualquier tercero, sino “la persona elegida por el deudor para el cumplimiento; persona que entra en contacto con el acreedor y realiza, con su conformidad, el comportamiento encaminado a ese fin”. Esta unidad de fundamento, anota, “y naturaleza jurídica, simplifica la acción de la víctima del hecho médico, que podrá acumular sus pretensiones en un solo juicio, contra dos demandados distintos y obligados in solidum por la totalidad del resarcimiento solicitado”²⁶. Igual es el criterio de otros autores, quienes, para llegar a idéntica conclusión, o sea la “fuente contractual” del “agente”, tienen en cuenta que “La cuestión examinada se halla estrechamente relacionada con la estructura misma de la relación obligacional en cuanto consiente que el interés del acreedor pueda ser satisfecho a través de la ejecución

²⁵ De la Responsabilidad Civil, T. II, págs. 80 y 81

²⁶ Responsabilidad Civil del Médico, Ed. Astrea, Buenos aires, 1979, págs. 116 y 177.

*directa de la prestación por el deudor o por un tercero*²⁷. Por su lado, Bustamante Alsina sostiene la misma apreciación, pero bajo el entendido de que la responsabilidad contractual del tercero surge del hecho que entre la entidad y el médico que presta sus servicios en ella se establece un contrato en favor de tercero. De manera que el carácter contractual de la responsabilidad del médico frente al paciente se da por virtud del contrato celebrado por aquél con la entidad asistencial que atribuye al paciente el derecho a ser asistido por el médico, derecho que queda consolidado con la aceptación del beneficiario, quien por consiguiente se legitima directamente contra el promitente médico²⁸. En similar sentido se han pronunciado algunos doctrinantes chilenos, por supuesto consultando las normas del Código Civil de su país, entre ellos Arturo Alessandri Rodríguez²⁹,³⁰.

En el caso, se halló comprometida la responsabilidad contractual del médico demandado y de la clínica, encontrándolos, además, solidariamente responsables por la ejecución defectuosa del contrato, así el médico se ubicara en un marco accesorio de responsabilidad. Además, vió justificado tratar al galeno en forma uniforme junto a la persona jurídica, por razones de equidad y de protección de la víctima.

En este aspecto, pregonar como lo hace la sentencia de la responsabilidad base esencial del fallo desde el punto de vista conceptual, que toda la relación médica es bilateral resulta deleznable ante las variadas circunstancias que día a día surgen en el derecho de daños, siendo mucho mejor

²⁷ Trigo Represas, Responsabilidad civil de las profesiones, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1983.

²⁸ Responsabilidad civil de los médicos en el ejercicio de su profesión, Buenos Aires, 1976.

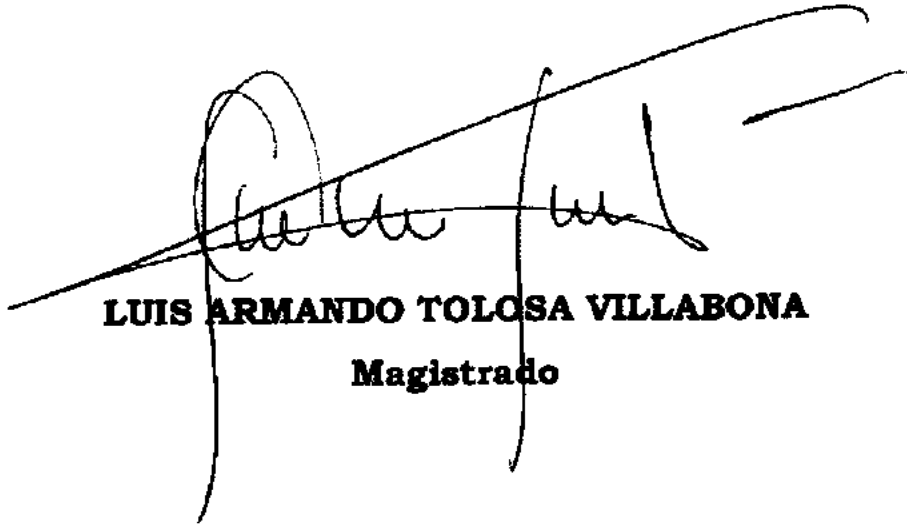
²⁹ De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil, Imprenta Universal, 1981, págs. 76 y 77.

³⁰ COLOMBIA, CSJ. Civil, Cas. Sent. 6430 de 11 septiembre de 2002, Mg. Pon. Dr. José Fernando Ramírez Gómez.

adoptar un modelo monista, más humano y comprensivo, atendiendo las circunstancias especiales de cada caso.

En los términos anteriores, dejo expresadas algunas reflexiones al modelo de responsabilidad que abriga la sentencia.

Fecha, *ut supra*



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Magistrado



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Radicación n.º 76001-31-03-003-2008-00091-01

ACLARACIÓN DE VOTO

Aunque comparto plenamente el sentido de la decisión adoptada, de manera respetuosa estimo necesario resaltar que, en adición al criterio de solidaridad que predica la jurisprudencia previamente compendiada, en el presente caso se hizo evidente que las condiciones necesarias del menoscabo a la salud alegado, puntualmente la falta de insumos médicos que imposibilitaron un diagnóstico temprano, eran atribuibles jurídicamente tanto a la IPS, por estar en su esfera de responsabilidad contar con esos elementos, como también a la EPS, ya que el legislador le asignó el deber de garantizar la idoneidad de las instituciones que integran su red de prestadores.

Ciertamente, resulta evidente que Coomeva EPS dejó de honrar los compromisos que el ordenamiento le impone frente a sus afiliados (puntualmente, frente al paciente Santiago Giraldo Ordóñez), en tanto que, de haber cumplido su deber de *«controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud»*, habría verificado la inadecuación de oferta de servicios de la Clínica Santillana S.A.

En los anteriores términos, dejo fundamentada mi aclaración de voto, con reiteración de mi irrestricto respeto por los demás integrantes de la Sala de Casación Civil.

Fecha *ut supra*



LUIS ALONSO RICO PUERTA
Magistrado