

**La responsabilidad organizacional de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) por el contagio del virus COVID 19 a pacientes en Colombia**

Camilo Andrés Galeano Benavides

Facultad de Derecho

Pontificia Universidad Javeriana Cali

Director: Alan Del Río Vásquez

Diciembre de 2020

## Contenido

INTRODUCCIÓN.....	4
CAPÍTULO I .....	7
DESCRIPCIÓN DEL MODELO DE ASEGURAMIENTO EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD .....	7
1.1.    Empresas y agentes que intervienen en la prestación de Servicios de Salud en Colombia 7	
1.2.    Responsabilidad solidaria entre los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud.....	11
CAPÍTULO II. ....	17
RESPONSABILIDAD ORGANIZACIONAL DE LAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD PRIVADAS .....	17
2.1. Responsabilidad organizacional de las IPS privadas frente a los usuarios del sistema de salud .....	17
2.2. Responsabilidad civil contractual y extracontractual de las empresas clínicas privadas prestadoras de servicios de salud .....	21
2.3. Aplicación del régimen objetivo y subjetivo de responsabilidad a las Instituciones prestadoras de servicio de salud en la atención de usuarios .....	26
2.3.1 Postura de la Corte Suprema de Justicia frente a las infecciones asociadas en la atención en salud .....	27
2.3.2 Postura del Consejo de Estado frente a las infecciones asociadas a la atención en salud ..	29
2.4 Breve conclusión sobre la disparidad de criterios existente en la jurisprudencia .....	31
CAPÍTULO III .....	32
RESPONSABILIDAD APLICABLE A LAS INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD POR EL CONTAGIO INTRAHOSPITALARIO DE COVID-19 .....	32
3.1. La jurisdicción ordinaria y contencioso administrativa podrán conocer de las controversias suscitadas por el contagio intrahospitalario de COVID-19 .....	32
3.2. Régimen de responsabilidad aplicable a las empresas de salud por el contagio intrahospitalario del coronavirus a pacientes: valoración de la culpa. ....	35
3.3. Consideración del coronavirus como una causa extraña en las infecciones nosocomiales: nexo causal.....	43
CAPÍTULO IV .....	46
CONCLUSIONES .....	46
BIBLIOGRAFÍA.....	54



## INTRODUCCIÓN

La emergencia sanitaria provocada por el coronavirus ha generado grandes interrogantes dentro de la teoría y la práctica del derecho empresarial. Pese a que existen numerosos eventos donde deben analizarse los efectos de la pandemia generada por este patógeno, como los incumplimientos e inejecuciones contractuales, la responsabilidad patronal que podría presentarse por la omisión de protocolos de seguridad y la insolvencia económica generada por el cese de la actividad mercantil, entre otros, resulta importante estudiar el tipo de responsabilidad que incumbe a las instituciones prestadoras de servicios de salud, quienes actualmente han adoptado un esquema o modelo empresarial que permite ofrecer servicios de salud en diferentes especialidades de la medicina a los usuarios del sistema general de salud en Colombia, realizando múltiples contratos y operaciones jurídicas con el fin de cubrir las necesidades clínicas de cada paciente, y que además de ello, son estas empresas del sector salud, quienes se enfrentan a la pandemia de forma directa al atender a cada paciente de acuerdo al modelo de aseguramiento en salud del país.

Ciertamente, dentro del gran ámbito de operaciones y actividades que estudia este campo del derecho, resulta necesario indagar sobre la responsabilidad organizacional que podría derivarse de la prestación de servicios de salud en el marco de la pandemia por parte de las IPS. Por lo anterior, este trabajo de grado pretende estudiar, analizar y determinar desde una interpretación hermenéutica de las normas del sistema jurídico colombiano, la jurisprudencia y la doctrina, cuál es el tipo y régimen de responsabilidad aplicable y más conveniente para las IPS al evaluar y juzgar el comportamiento de estas instituciones, por el eventual contagio intrahospitalario del SARS COV 2 a sus usuarios, proponiendo mediante este estudio un régimen de responsabilidad que se ajuste a la ley y a los pronunciamientos jurisprudenciales previos, y que logre resolver una situación nueva para el derecho empresarial y de incumbencia para las empresas que forman parte del sector de la salud.

Debe destacarse que las IPS privadas pueden estar sujetas a regímenes de responsabilidad diferente por el contagio intrahospitalario de COVID-19 dependiendo de la jurisdicción que conozca del proceso donde se evaluará el deber de indemnizar, y cuya postura es diametralmente opuesta entre cada jurisdicción. Por ello, resulta necesario determinar el régimen de responsabilidad bajo el que se evaluará la conducta de estas instituciones, teniendo en cuenta el comentado enfrentamiento jurisprudencial que existe en relación al régimen de responsabilidad aplicable a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) por el contagio intrahospitalario de patógenos.

Por un lado, el Consejo de Estado como órgano de cierre de la jurisdicción contencioso-administrativa, ha indicado que la existencia de infecciones asociadas a la atención en salud (IAAS), antes llamadas infecciones nosocomiales, deben someterse a valoración mediante el régimen objetivo de responsabilidad, dejando totalmente de lado el estudio de la culpa; y por otra parte, la Corte Suprema de Justicia como máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, ha indicado que este tipo de contingencias deben ser estudiadas mediante el régimen de culpa probada o régimen subjetivo de responsabilidad, donde debe acreditarse la omisión de cumplimiento de protocolos y obligaciones de seguridad de las IPS, para lograr establecer si existe conducta culposa o no, y si existe lugar a resarcir el daño causado con ocasión del contagio intrahospitalario en caso de acreditarse la existencia de esta conducta. Es importante entonces resaltar, como se hará a lo largo de este trabajo, que el régimen de responsabilidad aplicable frente a circunstancias homólogas (contagio intrahospitalario) pero presentadas en contextos distintos de la prestación del servicio de salud (público o privado), difiere según, y solamente, por el criterio jurisprudencial del juez natural en cada ámbito, pero no porque las circunstancias fácticas o de entorno sean realmente desiguales.

Así pues, para estudiar el supuesto antes comentado, el presente trabajo se dividió en cuatro apartados. Como primer punto, se considera importante estudiar la estructura del aseguramiento en salud que desarrolló la ley 100 de 1993, en el cual una empresa de naturaleza privada, pública o mixta denominada Entidad Promotora de Salud (EPS), administra -en términos generales- las afiliaciones de los usuarios del sistema; estas EPS, a su vez, contratan otras empresas de naturaleza pública, mixta o privada, denominadas Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS), quienes de manera directa prestan el servicio. No obstante, a pesar de considerarse la intervención de empresas de carácter público y privado en este sistema o modelo, se mostrará el importante papel de la empresa privada en la prestación de servicios de salud, justificando la relevancia de este estudio de cara responsabilidad civil de las empresas privadas dedicadas a prestar estos servicios.

Como segundo punto, se estudiará el concepto de responsabilidad organizacional o sistémica desarrollado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia mediante las sentencias de 30 de septiembre de 2016 y de 28 de junio de 2017, puesto que el presente trabajo propone utilizar esta teoría, semejante a la de la culpa anomia o difusa, para valorar la actuación de las IPS y resolver problemas de causalidad que pueden presentarse con relación al tema objeto de estudio, dado que la identificación precisa del agente que produjo el contagio intrahospitalario de COVID-19, podría resultar difícil teniendo en cuenta la falta de información que aún existe frente a los mecanismos de prevención y contagio del virus.

Asimismo, se estudiará la responsabilidad contractual de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y el régimen que les es imputable tratándose del contagio intrahospitalario de algún patógeno, específicamente cuando se trata del COVID-19.

El tercer capítulo será dedicado a estudiar el régimen de responsabilidad aplicable para el tratamiento jurídico de enfermedades nosocomiales o infecciones asociadas a la atención de salud (**IAAS**), como el posible contagio intrahospitalario del virus COVID-19 a usuarios que acuden ante empresas clínicas privadas, describiendo el enfrentamiento dogmático que existe en la actualidad y explicando al lector, como ya se indicó, que la jurisdicción contencioso-administrativa ha implementado el régimen objetivo de responsabilidad para valorar este tipo de eventos clínicos, siendo diametralmente opuesto a lo aplicado por la Corte Suprema de Justicia, quién a lo largo de los últimos años ha considerado importante valorar la existencia de culpa para determinar el deber de indemnizar un perjuicio. Es así, que este enfrentamiento dogmático puede generar incertidumbre jurídica al momento de realizar el estudio de la responsabilidad que enfrentan este tipo de empresas en caso que llegue a presentarse un contagio de COVID asociado a la atención en salud, puesto que la inexistencia de uniformidad de criterios y la disparidad de opiniones, impide un estudio homogéneo y solido de todos los casos.

Y, finalmente, el cuarto capítulo se dedicará a brindar algunas conclusiones en relación con el tema estudiado, determinando el régimen de responsabilidad aplicable a las IPS conformadas como empresas privadas por el contagio intrahospitalario de coronavirus y proponiendo adoptar un régimen de responsabilidad subjetivo, implementándose la teoría de la responsabilidad organizacional o sistémica antes comentada en concordancia con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Lo anterior, teniendo en cuenta que la incertidumbre causal que se presenta al realizar el estudio de la responsabilidad atribuible a las IPS por contagio intrahospitalario de COVID 19, así como el desconocimiento que aún se tiene del virus, su mecanismo de contagio, supervivencia y prevención, impide que se aplique un régimen objetivo de responsabilidad y se omita el estudio de la culpa, al resultar éste poco equilibrado para las IPS teniendo en cuenta el contexto de incertidumbre antes comentado y aplique la teoría de la culpa sistémica.

## CAPÍTULO I

### DESCRIPCIÓN DEL MODELO DE ASEGURAMIENTO EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

#### 1.1. Empresas y agentes que intervienen en la prestación de Servicios de Salud en Colombia

La ley 100 de 1993 estableció el Sistema General unificado de Seguridad Social en Salud<sup>1</sup>, con el objeto de regular el servicio público de salud y crear condiciones de acceso óptimas para los usuarios de tal servicio<sup>2</sup>. El actual Sistema de Seguridad Social colombiano surgió como resultado de la aceptación del Gobierno a una propuesta promovida por el Banco Interamericano de Desarrollo llamada el “Pluralismo estructurado”. El documento número 353 del Banco definió el «pluralismo» como la opción que “evita los extremos del monopolio en el sector público y la atomización en el sector privado”; y al término «estructurado» como la opción “que evita los extremos de los procedimientos autoritarios del gobierno y la ausencia de reglas de juego transparentes para evitar o compensar las fallas del mercado”<sup>3</sup>. Sobre estas premisas se fundó el Sistema.

En términos generales, el esquema que planteó la ley 100 de 1993 está compuesto por una estructura basada en el aseguramiento<sup>4</sup>, donde una empresa de naturaleza privada, pública o mixta, denominada Entidad Promotora de Salud (EPS), afilia a los usuarios y administra, registra y recauda los pagos percibidos por tales afiliaciones. En otras palabras, esta entidad coordina y suministra el servicio requerido por sus usuarios. Estas EPS, a su vez, contratan otras empresas de naturaleza privada, pública o mixta, denominadas Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS)<sup>5</sup>, quienes de manera directa prestan el servicio.

El Sistema General de Seguridad Social en Salud, según el artículo 155 de la ley 100 de 1993, prevé la intervención de algunos agentes o sujetos como Organismos de Dirección, Vigilancia y Control; Organismos de Administración y Financiación (como las Entidades Promotoras de Salud); Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de salud; Instituciones Prestadoras de Servicios de

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional, (02 de julio de 2014) Sentencia C-415. [M.P. Alberto Rojas Ríos]

<sup>2</sup> *Ibidem*

<sup>3</sup> LONDOÑO, Juan Luis y FRENK, Julio, Pluralismo Estructurado: Hacia un Modelo Innovador para la Reforma de los Sistemas de Salud en América Latina. p. 16. [Documento en línea] [citado marzo 25 de 2009]. Recuperado de: <http://idbgroup.org/res/publications/pubfiles/pubWP-353.pdf>.

<sup>4</sup> Según la Corte constitucional, Sentencia C-463 de 2008, el aseguramiento en salud comprende de conformidad con lo establecido en el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garanticen el acceso oportuno y efectivo a la prestación de los servicios de salud en condiciones de calidad y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores del sistema.

<sup>5</sup> Aseguramiento al sistema general de seguridad social en salud. Ministerio de salud de Colombia. Consultado el día 30 de septiembre de 2020. Recuperado de [cartillas-de-aseguramiento-al-sistema-general-de-seguridad-social-en-salud.pdf \(mindsalud.gov.co\)](http://mindsalud.gov.co)

Salud -privadas, públicas o mixtas-; los empleadores; los trabajadores y sus organizaciones y los trabajadores independientes que cotizan al sistema contributivo y los pensionados; los beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en todas sus modalidades, operadores logísticos de tecnologías en salud, y gestores farmacéuticos.

Ahora, como lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia<sup>6</sup>, independientemente del vínculo que une a las Entidades Promotoras de Salud con sus afiliados y beneficiarios (esto es, Régimen Contributivo o Régimen Subsidiado), lo relevante es determinar el alcance de las obligaciones adquiridas por aquellas, según los lineamientos de los artículos 177 a 179 y 183 de la Ley 100 de 1993, consistentes en organizar y administrar la prestación de los servicios de salud del Plan Obligatorio de Salud (POS). Esto, entonces, implica disponer de un conjunto de empresas (Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud) y profesionales en las áreas afines, aptos para la prestación de los referidos servicios, incluidos los medios adecuados para ese fin. En suma, las EPS deben garantizar a los usuarios que las atenciones médicas que requieren -y que son suministradas directamente por las IPS- deben ser integrales, eficientes, oportunas y de calidad.

Respecto a la clasificación de los prestadores en salud, vale la pena comentar brevemente que de acuerdo con el Registro Especial de Prestadores de Salud (REPS) de Colombia, existen cuatro categorías: profesionales independientes, entidades con objeto social diferente a la prestación de servicios, **Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS)** y transporte especial de pacientes<sup>7</sup>. No obstante, este estudio se centrará únicamente en analizar la responsabilidad de las IPS privadas (constituidas como empresas), derivada del contagio de COVID 19 a pacientes, dentro de sus instalaciones.

Precisado lo anterior, es importante indicar que el concepto de “institución de salud”, como tal, no se encuentra definido en ninguna norma que regule el Sistema General de Seguridad Social en Salud<sup>8</sup>, aunque según lo establecido en el citado artículo 155 de la Ley 100 de 1993, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud hacen parte de los integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Frente a este vacío conceptual, la Corte Constitucional<sup>9</sup> ha determinado que las IPS

---

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, (31 de agosto de 2020) Sentencia SC2769-2020. [M.P. Octavo Augusto Tejeiro Duque]

<sup>7</sup> Clasificación de instituciones prestadoras de servicios de salud según el sistema de cuentas de la salud de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico: el caso de Colombia. Sergio Iván Prada-Ríos, Ana Melissa Pérez-Castaño, Andrés Felipe Rivera-Triviño. Consultado el 30 de septiembre de 2020. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/rgps/v16n32/1657-7027-rgps-16-32-00051.pdf>.

<sup>8</sup>Concepto de fecha 23 de 2017. Radicado número 201711602255421, Ministerio de Salud. Consultado el 30 de septiembre de 2020. Recuperado de [https://www.minsalud.gov.co/Normatividad\\_Nuevo/Concepto%20Jur%C3%ADdico%20201711602255421%20de%202017.pdf](https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Concepto%20Jur%C3%ADdico%20201711602255421%20de%202017.pdf).

<sup>9</sup> Corte Constitucional. (30 de enero de 2008) Sentencia C-064. [M.P. Clara Inés Vargas Hernández]



son entidades privadas, oficiales, mixtas, comunitarias o solidarias, organizadas para la prestación de los servicios de salud a los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud, dentro de las Entidades Promotoras de Salud o fuera de ellas. Son entes destinados a la prestación de los servicios de salud, que tienen como principios básicos la calidad y la eficiencia, cuentan con autonomía administrativa, técnica y financiera, y deben propender por la libre concurrencia de sus acciones. El legislador ha considerado que estas entidades, que prestan servicios en el área de la salud y compiten en este mercado, deben respetar las reglas que impiden el monopolio y garantizan la libertad de competencia en la prestación de sus servicios, con lo cual queda demostrado que jurídicamente son valoradas como empresas creadas, entre varios fines, con el propósito de obtener un lucro. Así, el modelo de aseguramiento en salud que introdujo la ley 100 de 1993 contempló el acceso de empresas privadas (constituidas a través de un tipo societario o como caja de compensación), que tienen como objeto social prestar el servicio de salud en algún área determinada de la medicina.

Las IPS entonces se convierten en un instrumento para ejecutar la prestación del servicio de salud, pues son quienes directamente realizan las atenciones y procedimientos médicos de tratamiento, diagnóstico y rehabilitación, e incluso la promoción y prevención de las patologías que presentan los usuarios. En este sentido, no le corresponde a las IPS el recaudo o administración del sistema, sino solo la prestación directa del servicio, dependiendo financiera y administrativamente -casi en su totalidad- de la relación o vínculo contractual existente con la EPS<sup>10</sup>.

Es pertinente resaltar que hoy en día en Colombia la gran mayoría de EPS son de carácter privado, y que la experiencia ha indicado que las IPS de la misma naturaleza, tienen la mayor demanda de servicios médicos de alta complejidad y se encuentran en mejores condiciones de dispensar tales servicios que aquellas de naturaleza pública o mixta<sup>11</sup>, precisamente por el interés de inversión económica que recae sobre las empresas privadas. Esto hace que la prestación de servicios de salud en Colombia muchas veces esté en manos de un intermediario que es usualmente privado<sup>12</sup>. Sin embargo, ello no quiere decir que se despoje al Estado de su responsabilidad en vigilancia y control de la calidad del servicio, puesto que la Constitución Nacional, a través de su artículo 40, establece que es deber del Estado garantizar la prestación del servicio de salud. Sobre lo dicho, conviene comentar que el economista Sergio Iván Prada, director del Centro de Estudios en Protección Social

---

<sup>10</sup> Política de atención integral en salud. Ministerio de salud de Colombia. Consultado el 30 de septiembre de 2020. Extraído de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/modelo-pais-2016.pdf>.

<sup>11</sup> Crecimiento para satisfacer la demanda de servicios de salud. Consultado el 30 de septiembre de 2020. Recuperado de: <https://encolombia.com/economia/economiacolombiana/sector-salud/informe-sostenibilidad/crecimiento-demanda-servicios-salud>.

<sup>12</sup> Instituto de investigación y debate sobre la gobernanza. La prestación del servicio de salud en Colombia y sus implicaciones para la gobernanza. Consultado en septiembre de 2020. Recuperado de <http://www.institut-gouvernance.org/es/analyse/fiche-analyse-276.html>.

y Economía de la Salud<sup>13</sup>, explicó que dentro del modelo empresarial destinado a prestar servicios de salud «hay una especie de apetito desde el exterior por invertir en el sector salud colombiano que a uno se le hace un poco contraintuitivo, porque uno se pregunta “si estamos mal, por qué hay gente que quiere entrar a un negocio malo”». En esa oportunidad el nombrado también señaló que «si bien sigue habiendo problemas financieros para las IPS, es claro que cuando se mira el sector desde una perspectiva económica, “hay crecimiento todo el tiempo”; tenemos empleo creciendo, hay inversión en infraestructura, están comprando tecnología. Además, es un sector que tiene 42 millones de clientes fijos y todos afuera leen esto como una oportunidad».

Lo anterior se corrobora con la siguiente tabla elaborada por el Ministerio de Salud<sup>14</sup>, donde se observa que existe mayor número empresas privadas dedicadas a prestar servicios de salud, que públicas o mixtas:

Tabla 24. Distribución de Institución Prestadora de Salud según naturaleza jurídica por departamentos de Colombia, 2019

Departamento	Número de IPS Pública	Número de IPS privada	Número de IPS mixtas	Número IPS
Bogotá D.C.	136	2.755	1	2.892
Antioquia	283	1.731	7	2.021
Valle del Cauca	331	1.534	1	1.866
Atlántico	83	1.133	1	1.217
Santander	165	838		1.003
Bolívar	212	710		922
Córdoba	213	564		777
Nariño	357	378	2	737
Cundinamarca	193	506		699
Magdalena	187	425		612
Cesar	149	445		594
Tolima	124	411	2	537
Boyacá	157	369		526
Sucre	77	436	1	514
Norte de Santander	128	339		467
Cauca	142	310		452
Meta	63	369		432
La Guajira	144	220		364
Risaralda	50	295		345
Caldas	79	251	1	331
Huila	72	253		325
Choco	36	200	2	238
Quindío	36	193		229
Casanare	30	161	3	194
Arauca	50	104	1	155
Caquetá	45	73		118
Putumayo	29	86		115
Vaupés	45	1		46
Guaviare	13	14		27
Amazonas	12	14		26
Archipiélago de San Andrés		19		19
Vichada	5	6		11
Guainía		8		8

<sup>13</sup> ¿Las IPS están viviendo un boom de inversión? Revista Dinero. Consultado el 30 de septiembre de 2020. Recuperado de <https://www.dinero.com/empresas/articulo/cuales-son-las-nuevas-inversiones-en-ips-en-colombia/262765>.

<sup>14</sup> Análisis de Situación de Salud (ASIS) Colombia, 2018. Dirección de Epidemiología y Demografía. Consultado el 29 de septiembre de 2020. Recuperado de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/ED/PSP/asis-colombia-2018.pdf>.

Como se observa, el Sistema General de Seguridad Social –que tiene por objeto la prestación de un servicio público- está compuesto por varios actores, entre ellos las IPS encargadas de la prestación directa del servicio, que constituyen una organización empresarial de naturaleza privada.

## **1.2. Responsabilidad solidaria entre los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud**

Como se mencionó, el artículo 155 de la ley 100 de 1993 indica quienes son los agentes e integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia, y conforme lo prevé el artículo 2344 del Código Civil, en materia de responsabilidad es principio general cuando existe pluralidad de sujetos obligados a cumplir una contraprestación u obligación que emana de la ley, que se predique la solidaridad pasiva entre todos los sujetos involucrados, sin importar que el mismo resultado dañino sea atribuido a una o a varias conductas separables entre sí<sup>15</sup>. Así pues, la responsabilidad solidaria entre los diferentes actores del Sistema de Salud antes mencionados, quienes trabajan armónicamente para prestar el servicio público de salud, se fundamenta, tal como lo ha reiterado la Corte Suprema de Justicia<sup>16</sup>, en el citado artículo, dado que este tipo de responsabilidad surge cuando “un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355”.

Esa responsabilidad que en principio es solidaria, opera como consecuencia del modelo de aseguramiento en salud contemplado por la ley 100 de 1993, que tiene como principal fundamento, entre otros, los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, los cuales consagran el derecho a la seguridad social y determinan que la salud es un servicio público esencial a cargo del Estado, el cual es cumplido, precisamente, a través de los agentes antes mencionados, dentro de los cuales se encuentran las entidades territoriales conformadas según lo establecido en la Constitución para el cumplimiento de dichas funciones.

La creación de esas entidades territoriales es consecuencia del proceso de descentralización administrativa, el cual requiere la determinación de una estructura del Estado en el orden territorial, dado que para atender los servicios básicos de los usuarios del sistema de salud, se impone un reparto de competencias claramente definido entre la Nación y las entidades territoriales, y la asignación a éstas de recursos de la primera para la financiación de los gastos en que incurran con dicho fin, lo que

---

<sup>15</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (15 de noviembre de 2017) Sentencia SC18476-2017. [M.P. Álvaro Fernando García Restrepo]

<sup>16</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (18 de mayo de 2005) Sentencia SC-084-2005. [M.P. William Namén Vargas]

necesariamente crea un vínculo y una interlocución entre la Nación , sus entidades territoriales, las Empresas Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.

En lo que respecta al aseguramiento en salud, los departamentos, distritos y municipios tienen la responsabilidad de dirigir, coordinar y vigilar el Sistema General de Seguridad Social en Salud en su jurisdicción, por medio de la adopción y adaptación de la política de salud nacional a la realidad departamental, distrital y municipal, principalmente mediante la formulación, ejecución y evaluación de planes, programas y proyectos en salud, armonizados con las disposiciones y políticas del orden nacional; éstas responsabilidades se desarrollan a través de una estructura administrativa y funcional que le debe permitir, ejecutar los procesos organizacionales que soportan las competencias definidas por la ley.

En lo atinente a las responsabilidades de las entidades territoriales, en concordancia con los artículos 49 y 365 de la Constitución Política, el literal p del artículo 156 de la ley 100 de 1993 dispuso que la Nación y las entidades territoriales, deberán garantizar través de las instituciones hospitalarias públicas o privadas en todos los niveles de atención, el acceso de los usuarios del sistema de salud. A su vez, la norma en comento también determinó que las EPS tendrán a cargo la administración de la prestación de los servicios de las instituciones prestadoras, para que estas ejecuten de forma directa dicho servicio.

De forma armónica con las anteriores disposiciones, la Ley 715 de 2001, en su artículo 43 y siguientes, indica que, sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el sistema general de seguridad social en salud en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia, así como gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas.

Como se aprecia, el Estado como encargado de prestar el servicio público de salud en Colombia, y conforme al modelo de descentralización por servicios que existe, ha asignado obligaciones a varios agentes para tal fin, imponiéndose obligaciones de inspección, control y vigilancia a algunos entes, que, en caso de no llevarse a cabo, podrían generar un daño al usuario. Ejemplo de ello, es la obligación contenida en el artículo 2.5.1.3.2.13 del Decreto 780 de 2018, que indica que las Entidades Departamentales y Distritales de Salud serán las responsables de verificar el cumplimiento de las condiciones exigibles a los Prestadores de Servicios de Salud en lo relativo a las condiciones de capacidad técnico-administrativa.

De esta forma, ninguna IPS puede prestar servicios de salud sin habilitación del ente territorial, puesto que, a través de la obligación de vigilancia comentada, se acredita que dicho prestador puede atender las necesidades clínicas del usuario de acuerdo a la infraestructura de la IPS. En caso de no realizarse dicha verificación, el ente territorial delegado para tal fin, puede ser condenado a indemnizar el daño que sufra un usuario del sistema de salud, cuando esta omisión este causalmente relacionada con la consumación del mismo y cuando ha sido censurada por los afectados.

Lo anterior, significa que el daño sufrido por un usuario del sistema de salud, puede ser ocasionado por una acción u omisión de un ente territorial, una EPS, una IPS (pública, mixta o privada), o simultáneamente por estos, en cuyo caso, existirá una responsabilidad solidaria, donde todos deben responder por ese menoscabo ocasionado; sin embargo, debe aclararse que es únicamente el ejercicio del derecho de acción el que determina la jurisdicción aplicable e identifica el tipo de solidaridad que existe. Si los afectados o víctima inician la acción judicial contra un ente territorial y una IPS de carácter privada, será la jurisdicción contencioso administrativa la que conozca de la controversia, puesto que el fuero de atracción determina la aplicación de esta jurisdicción cuando exista un ente público envuelto o relacionado con el litigio. No obstante, si los afectados o la víctima inician la acción judicial solamente contra la EPS y la IPS, y éstas son de carácter privado, será la jurisdicción ordinaria la que conozca de la demanda, anotándose que la EPS siempre será solidariamente responsable por la culpa de la IPS.

El Consejo de Estado ha indicado de forma clara que, si la acción u omisión de una IPS pública, hospital o E.S.E aporta causalmente a la consumación del daño que sufre un usuario del sistema de salud, y también se presenta una omisión en el deber de vigilancia e inspección del ente territorial, se presenta solidaridad entre esta y el ente al cual se encuentra adscrita dicha institución<sup>17</sup>.

Entonces, para que el ente territorial pueda ser condenado solidariamente, debe acreditarse la responsabilidad por omisión en el deber de vigilancia e inspección, así como la responsabilidad médica de la IPS pública, hospital o ESE que se encuentra adscrita a este, y haberse demandado a ambas (ente territorial y ESE), de lo contrario, si solo se acciona a la ESE, el juicio de responsabilidad solo se realizará sobre esta, puesto que tiene personería jurídica propia, en virtud del concepto de descentralización administrativa.

Ahora bien, en el caso de las IPS privadas, debe indicarse que no siempre se predica solidaridad entre esta en el ente territorial, debe analizarse cada caso en concreto. Así, si el accionante decide solo

---

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, (26 de junio 2014), Sentencia 17001-33-31-0004-2012-00145-02 [CP Danilo Rojas Betancourth]

demandar a la IPS privada y a la EPS, estas serán solidariamente responsables en caso de hallarse culpa de la IPS sin realizarse juicio de responsabilidad al ente territorial, puesto que este no fue accionado mediante demanda. Sí el accionante solo decide demandar a la IPS, pese a existir solidaridad entre esta y la EPS, no podrá condenarse solidariamente a la EPS en caso de hallarse responsable a esta del daño, puesto que la acción fue delimitada demandando solo a la IPS.<sup>18</sup>

Del mismo modo, si un ente territorial contrata la prestación de servicios de salud con una IPS privada para atender a pacientes que no forman parte de ningún régimen y no se encuentran afiliados a ninguna EPS, y se genera un daño con ocasión de una atención médica, y la víctima o familiares accionan al ente y a la IPS privada para buscar la respectiva indemnización, conocerá la jurisdicción contenciosa a través del juez administrativo del circuito, teniendo en cuenta el comentado fuero de atracción que opera cuando existe un ente público demandado, y existirá solidaridad entre estos. No obstante, si solo demanda a la IPS privada, conocerá la jurisdicción ordinaria, puesto que se trata de un particular de derecho privado, y no podrá predicarse la solidaridad por no haberse iniciado acción en contra del ente<sup>19</sup>.

En virtud de la descentralización en salud traída por la constitución, el modelo de aseguramiento de la ley 100 de 1993, y sus posteriores leyes como la ley 715 de 2001, se les asignó a las entidades territoriales (departamentos y municipios), importantes funciones de inspección y vigilancia de los recursos, lo que genera responsabilidad solidaria ante cualquier omisión administrativa de este tipo, que puede ser estudiada cuando el ente público es demandado en conjunto con una EPS, IPS u otro interviniente del sector salud.

En este mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia<sup>20</sup> ha sido enfática en indicar que la prestación de los servicios de salud garantizados por las Entidades Promotoras de Salud (EPS), no excluye la responsabilidad legal que les corresponde cuando se prestan a través de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) o de profesionales, mediante contratos reguladores solo de la relación jurídica entre aquéllas y éstos. Por lo tanto, la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuna, lesiva de la calidad exigible y de los cánones médicos, compromete la responsabilidad civil de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), aun cuando los servicios son dispensados a través de Instituciones Prestadoras de Salud (IPS). Esto, en síntesis, implica que estas empresas son todas

---

<sup>18</sup> Ibidem

<sup>19</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (15 de noviembre de 2017) Sentencia SC18476-2017. [M.P. Álvaro Fernando García Restrepo]

<sup>20</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (17 noviembre de 2011) Sentencia 1999-00533. [M.P. William Namén Vargas]

solidariamente responsables por los daños causados a los usuarios, que deriven de la prestación del servicio médico o de la tenencia de sus instalaciones, por ejemplo.

De este modo, se torna importante precisar que si bien la responsabilidad civil profesional individual no ha desaparecido dentro del marco de la responsabilidad civil, hay que reconocer que cada vez se encuentra más en desuso, sobre todo después de la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social en Salud (Ley 100 de 1993), a partir del cual la prestación de los servicios médicos dejó de ser una labor individual para convertirse en una actividad empresarial<sup>21</sup>, colectiva e institucional, que abrió paso a lo que hoy se denomina “macro medicina”, en la que el enfermo ya no es considerado un paciente, sino un «cliente» dentro del engranaje económico que mueven grandes organizaciones, en la que el usuario no acude ante su médico de confianza, sino ante una estructura corporativa que relegó el factor *intuitio personae* a “su más mínima expresión”<sup>22</sup>. En este sentido, la masificación del servicio de salud trajo consigo la despersonalización de la responsabilidad civil médica, que ahora no sólo se puede originar en la culpa del facultativo sino en la propia culpa organizacional, en muchos casos no atribuible a un agente determinado, tal como lo indica el concepto de responsabilidad sistémica u organizacional desarrollado por la Corte Suprema de Justicia<sup>23</sup>.

En sentido similar, ha indicado este órgano de cierre que las fallas ostensibles en la prestación de servicios de esa índole médica, por acción u omisión, ya sean resultado de un indebido diagnóstico, procedimientos inadecuados o cualquier otro error o desacierto en la atención, son constitutivas de responsabilidad civil. Esta responsabilidad, entonces, no se predica de forma exclusiva frente a los galenos, en sus diferentes especialidades, sino también en las empresas clínicas, en tanto están obligadas directamente a indemnizar por las faltas culposas del personal a su servicio, comoquiera que a través de ellas que se materializan los comportamientos censurables de ese tipo de personas jurídicas<sup>24</sup>.

No obstante, pese a ser claro el precedente jurisprudencial frente la existencia de responsabilidad solidaria entre las empresas que intervienen en la prestación de servicios en salud, la Corte Suprema de Justicia<sup>25</sup> ilustra la individualidad de las cargas en los actores del sistema de salud, a fin de que

---

<sup>21</sup> Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena de Indias (06 de agosto de 2020), Radicado número.: 13001-31-03-006-2014-00049-02.

<sup>22</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (30 de septiembre de 2016) Sentencia SC13925-2016. [M.P. Ariel Salazar Ramírez]

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (14 de noviembre de 2014) Sentencia SC15746-2014 [M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez]

<sup>25</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (30 de septiembre de 2016) Sentencia SC13925-2016 [M.P. Ariel Salazar Ramírez]

pueda ser exonerada de responsabilidad la IPS que ha cumplido con los parámetros legales y científicos, sin vincular su responsabilidad a la actividad de la EPS. Sobre lo anterior tiene dicho que

*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...*

Así, 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 una causa externa a esta.

En conclusión, frente al caso de los entes territoriales, debe indicarse que estos pueden ser solidariamente responsables con la EPS y/o IPS en la causación de un daño si incurren en acción u omisión y esta fue censurada o reprochada en la acción judicial, de lo contrario, si la acción judicial no es dirigida contra el ente territorial, el análisis de responsabilidad solidaria no se llevará a cabo por el operador judicial frente a este, y solo se limitará el estudio de imputación solidaria frente a la EPS e IPS ( privados) en la jurisdicción ordinaria, dado que al no existir un ente público demandado, la jurisdicción contencioso administrativa no puede conocer del caso. Por el contrario, si se reprocha la conducta del ente territorial únicamente o la de una persona de derecho público junto con una de derecho privado, será la jurisdicción contenciosa la que conozca del caso en virtud del mencionado fuero de atracción, y entrará a analizar la solidaridad en comento. Tal es el caso de un médico que en virtud de un contrato de prestación de servicios desarrolla una actividad para un ente territorial o descentralizado, y con ocasión de una negligencia, la víctima inicia la acción judicial contra el ente territorial y el médico. En este caso, pese a existir un particular -médico- que tiene vínculo jurídico con el ente público fundamento en un contrato de origen civil, la acción judicial será dirimida en la jurisdicción contencioso administrativa en virtud del citado fuero, y se estudiará si el ente público incurrió en acción u omisión, lo que permitirá estudiar el fenómeno de la solidaridad. Por lo anterior, debe analizarse cada caso en particular, para tener claridad al momento de determinar si es la jurisdicción contencioso administrativa o es la jurisdicción ordinaria la que conocerá de la acción.



## CAPÍTULO II.

### RESPONSABILIDAD ORGANIZACIONAL DE LAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD PRIVADAS

#### 2.1. Responsabilidad organizacional de las IPS privadas frente a los usuarios del sistema de salud

El concepto de responsabilidad organizacional o sistémica fue introducido por la Corte Suprema de Justicia<sup>26</sup> en nuestro ordenamiento jurídico hace poco menos de cinco años, en principio, por la inconformidad de esta Corporación frente a la teoría de la responsabilidad directa que se había venido aplicando en los últimos años a las personas jurídicas por las actuaciones de sus empleados o dependientes. Así, de vieja data la Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia de 30 de junio de 1962 y hasta antes de empezar a hablar de culpa organizacional, señalaba que la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas era directa, cualquiera que fuera la posición de sus agentes productores del daño dentro de la organización<sup>27</sup>. Entonces, al demandar a una persona moral para perseguir el pago de perjuicios ocasionados por el hecho culposo de sus subalternos, no se dirigía la acción contra la institución jurídica como un “tercero” obligado a responder por los actos de sus dependientes, sino contra ella directamente como responsable del daño. Tratándose pues de una responsabilidad directa y no indirecta, lo pertinente es dar aplicación al precepto legal contenido en el artículo 2341 del Código Civil y no a los descritos en los artículos 2347 y 2349<sup>28</sup> del mismo Código, los cuales hacen referencia a la responsabilidad por el hecho ajeno. Se destaca, entonces, que para esta Corporación el demandado no se exime de culpa si demuestra que el agente causante del daño no estaba bajo su vigilancia y cuidado, o si a pesar de estarlo, la institución no habría podido impedir el hecho dañoso, pues estas situaciones son irrelevantes en tratándose de la responsabilidad directa de los entes morales. De ahí que se dijera que en este tipo de responsabilidad «la entidad moral se redime de la carga de resarcir el daño, probando el caso fortuito, el hecho de tercero o la culpa exclusiva de la víctima»<sup>29</sup>.

Sobre el particular, vale la pena comentar que los profesores Bueres y Bustamante Alsina, indican que la responsabilidad de las clínicas es objetiva en el sentido que, una vez acreditada la culpa del agente nace la responsabilidad institucional solidaria con la del médico<sup>30</sup>. Pareciera que la teoría de responsabilidad directa que venía desarrollando la Corte Suprema de Justicia, se tratara de un tipo de

---

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (17 de abril de 1975), Sentencia sin número.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Responsabilidad de las clínicas por la mala praxis de su cuerpo médico. p. 150-155. BUERES, Responsabilidad civil de los médicos. Tomo I. P. 386.

responsabilidad objetiva, dada la presunción de culpa que opera sobre la empresa prestadora de servicios de salud cuando se acredita la culpa de su agente. La anterior postura, sustentada en la responsabilidad objetiva, es insostenible según la Corte Suprema de Justicia, toda vez que el régimen general de responsabilidad civil en Colombia presupone la culpa como elemento esencial, y no puede prescindirse del análisis de este elemento para realizar un juicio de imputación (Art. 2341)<sup>31</sup>.

Hasta aquí, resulta importante precisar que en la teoría de la responsabilidad directa concurrían los siguientes elementos:

- i. La evaluación y determinación de la responsabilidad del agente -estableciendo su culpa- como un elemento distinto y, por tanto, divisible, de la persona jurídica, y
- ii. La presunción de responsabilidad de la institución, una vez probada la culpa del agente. Esto concluye que, aunque se sometía a estudio tanto la responsabilidad del agente, como de la institución, lo cierto es que una vez probada la primera, se presumía la segunda.

En efecto, al estudiar esta consideración realizada por esta Corte, se encuentra que en la definición de responsabilidad directa existe una presunción de responsabilidad contra la persona moral o jurídica si logra acreditarse la responsabilidad del agente, tal como ocurriría en el régimen de responsabilidad objetiva. Esta idea es explicada por la profesora Giovanna Visintini<sup>32</sup> al comentar:

*Por lo tanto, aplicando la disposición mencionada, el hecho ilícito del empleado, o, como también se lo llama, del encargado, determina la responsabilidad de quien confirió el encargo, a raíz de que este es el titular de la actividad en el ejercicio de la cual él contrata trabajadores (...). Por lo visto, a través de la evolución jurisprudencial, la norma ha sido adaptada a nuevas funciones, llegando a pertenecer al sistema de responsabilidad objetiva y a reflejar el modelo teórico elaborado por la doctrina, acorde con el cual **la empresa que en el ámbito de su organización ocasiona perjuicios con cierta regularidad, debe asumir el riesgo correspondiente y traducirlo en un costo.** (Énfasis propio).*

Contrario a la postura clásica de la responsabilidad directa que se manejaba hasta antes del 2016, la Corte señala, mediante el concepto de culpa organizacional, que a fin de atribuir responsabilidad a una persona jurídica no es necesario conocer si el agente o dependiente estaba sujeto a vigilancia, dirección y control por parte de esta, ni el beneficio que su actividad reportaba para la misma, o si

---

<sup>31</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (30 de septiembre de 2016) Sentencia SC13925-2016 [M.P. Ariel Salazar Ramírez]

<sup>32</sup> ¿Qué es la responsabilidad civil? Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 194.

actuó siguiendo órdenes o se extralimitó en el ejercicio de sus funciones. Lo jurídicamente relevante a la hora de atribuir responsabilidad, es que el daño causado al tercero se haya generado dentro de los procesos y mecanismos organizacionales que constituyen la culpa *in operando*, es decir, que el daño se produzca como consecuencia de la ejecución de los procesos que lleva a cabo la empresa. Esto lo explica el tratadista chileno Barros Bourie, al establecer que la culpa organizacional, a diferencia de la derivada del hecho del dependiente, no requiere ser localizada en un agente específico, sino directamente en la función (2006, p. 196). En suma, esta responsabilidad prescinde de la evaluación de culpa del agente o dependiente, para evaluar, únicamente, la responsabilidad de la organización.

Como se estableció en el capítulo anterior, el modelo implementado por la ley 100 del año 1993, donde priman las actividades empresariales a gran escala para la prestación de servicios de salud, implica que la evaluación de responsabilidad de estas empresas, en la prestación de tales servicios, se rija por el modelo de la culpa organizacional. Según la postura de la Corte Suprema de Justicia<sup>33</sup>, se entiende a las organizaciones desde un enfoque de sistemas, analizando e identificando las operaciones de cada una como procesos y no como actos de voluntad de los individuos que la conforman. Bajo esta línea argumentativa, y debido a la despersonalización que se le ha dado a las funciones y labores del día a día empresarial, y a la compleja definición de la cadena de mando en la ejecución de las funciones sociales, no es posible, en algunas ocasiones, identificar una culpa específica de un agente en la causación de un daño a un tercero.

Esa colegiatura<sup>34</sup> determinó que es posible distinguir dos tipos de procesos llevados a cabo dentro de las organizaciones: (i) los que son ejecutados por cada elemento del sistema, esto es, por cada uno de sus agentes o dependientes; y (ii) los que tienen lugar en el sistema como un todo, es decir, los ejecutados por el ente moral como tal y que están determinados por las interrelaciones entre los elementos, los cuales finalmente forman parte del sistema organizacional de las empresas, incluidas también, las que prestan servicios médicos o de salud. De este modo, la Corte indica que pueden existir escenarios donde no es posible identificar al dependiente, agente, o persona natural que causa el daño, habida cuenta de asumir a los agentes, como integrantes indivisibles del sistema. En esta premisa se fundamenta de culpa organizacional.

Vale la pena comentar brevemente, la existencia de doctrina que frente a esta situación propone la utilización del concepto denominado culpa difusa. Sobre el particular, el tratadista Barros Bourie establece que en virtud de la culpa difusa, la persona jurídica es responsable por los actos de sus

---

<sup>33</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (30 de septiembre de 2016) Sentencia SC13925-2016 [M.P. Ariel Salazar Ramírez]

<sup>34</sup> *Ibidem*.

empleados aunque no sea posible individualizar al causante inmediato del daño. De igual forma, se ha reconocido que resulta irrelevante determinar la identidad del dependiente concreto que con dolo o culpa causó el daño, teniendo en cuenta que basta demostrar que alguien dentro de la organización incurrió en culpa y que esta fue la causa del daño (2001, p. 210). No obstante, se considera que la culpa organizacional, tal como lo ha planteado la Corte Suprema de Justicia resuelve sin mayor confusión y de forma práctica, algunas vicisitudes que pueden presentarse en la actualidad frente a la responsabilidad de una empresa y sus empleados, quienes finalmente representan el interés de esta a través de la ejecución de sus funciones, más aún en tratándose del modelo de seguridad en salud en salud que propuso la ley 100 del año 1993, que como se explicó, contempla una prestación de servicios médicos a través de empresas, en su gran mayoría privadas, que intentan satisfacer la demanda de los usuarios.

En conclusión, esta Corte<sup>35</sup> indica que, lo que en derecho interesa a la hora de atribuir responsabilidad, es que el daño causado al tercero se haya generado dentro de los procesos y mecanismos organizacionales que constituyen la culpa *in operando*, es decir, que el daño se produzca como consecuencia de la ejecución de los procesos que lleva a cabo la empresa.

Dicho lo anterior, conviene hacer alusión a la calidad del servicio de salud y seguridad del paciente, para evidenciar las repercusiones directas que tiene 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, 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 deficiencia en la prestación del servicio, cuando lesionan con culpa la integridad personal del paciente. Todo ello afecta la sostenibilidad económica del sistema por mayores costos de tratamientos de eventos adversos y pagos de indemnizaciones por daños ocasionados a los usuarios<sup>36</sup>.

Frente a la responsabilidad organizacional de las empresas clínicas privadas dedicadas a la prestación de servicios de salud, ha indicado la nombrada Corte, que al evaluar la atribución de responsabilidad a una institución demandada por los actos de un profesional, debe tenerse en cuenta que este se

---

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (28 de junio del 2017) Sentencia SC9184-2017 [M.P. Ariel Salazar Ramírez]

convierte en un agente institucional para realizar una labor médica puntual<sup>37</sup>, y que el hecho de que el médico no pertenezca a la nómina de la institución o empresa de salud, o no existan los elementos del trabajo, no quiere decir que no sea agente institucional, dado que la relación que establece el artículo 2347 del Código Civil no se refiere específicamente a un vínculo laboral<sup>38</sup>.

Finalmente, en relación con el paradigma actual de la responsabilidad organizacional, debe resaltarse que la responsabilidad de los implicados, tanto empleado, subalterno, socio, directivo o personal moral en cualquier calidad será constitutiva de culpa institucional.

## **2.2. Responsabilidad civil contractual y extracontractual de las empresas clínicas privadas prestadoras de servicios de salud**

La responsabilidad civil ha sido definida de antaño como el deber de reparar las consecuencias de un hecho dañoso por parte del causante, bien porque ese hecho sea consecuencia de la violación de deberes entre el agente dañoso y la víctima al mediar una relación jurídica previa entre ambos, denominada responsabilidad contractual, o bien porque el daño acaezca sin que exista vínculo jurídico previo entre agente y víctima, denominada extracontractual<sup>39</sup>. La responsabilidad civil contractual es la obligación de reparar los daños ocasionados por la inejecución, ejecución morosa o defectuosa del contrato de servicios médicos por parte de la empresa prestadora de servicios de salud o del profesional respectivo. El contrato entre médico y paciente, por ser objeto de prestaciones de una profesional liberal, se encuentra regulado por la jurisdicción civil, según postura asumida por la Corte Suprema de Justicia<sup>40</sup> desde el año 1940 y según algunas posturas legales como la del artículo 4 y 5 de la ley 23 del año 1981.

Así, dicha Corporación<sup>41</sup> ha reiterado que para la prosperidad de la acción de responsabilidad contractual estará llamado el demandante a acreditar la existencia de los siguientes supuestos:

*“i) que exista un vínculo concreto entre quien como demandante reclama por la inapropiada conducta frente a la ejecución de un convenio y aquél que, señalado como demandado, es la persona a quien dicha conducta se le imputa (existencia de un contrato); ii) que esta última consista en la inejecución o en la ejecución retardada o defectuosa de una obligación que*

---

<sup>37</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (18 de mayo del 2005) Sentencia 832 [M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo]

<sup>38</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (15 de marzo de 1996) Sentencia 4637 [M.P. Carlos Estaban Jaramillo Schloss]

<sup>39</sup> LÓPEZ y LÓPEZ Ángel M. Fundamentos de Derecho Civil. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 406.

<sup>40</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (5 de marzo de 1940) Sentencia sin número [M.P. Liborio Escallón]

<sup>41</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (22 de febrero de 2018) Sentencia SC380-2018. [M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo]

*por mandato de la ley o por disposición convencional es parte integrante del ameritado vínculo (incumplimiento culposo), iii) y en fin, que el daño cuya reparación económica se exige consista, básicamente, en la privación injusta de una ventaja a la cual el demandante habría tenido derecho (daño) de no mediar la relación tantas veces mencionada (relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño)”.*

Por su parte, la responsabilidad civil extracontractual, también denominada delictual o aquiliana, es aquella que no tiene origen en un incumplimiento obligacional, sino en un “hecho jurídico”, ya se trate de un delito o de un ilícito de carácter civil. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es el encuentro accidental o fortuito de una fuente de la obligación resarcitoria generada por mandato legal<sup>42</sup>. Los tratadistas Colin y Capitant (2016) agregan que esta se presenta cuando una persona causa un daño a otra, y entre las mismas no existe algún vínculo obligatorio anterior. De esta manera el ilícito se materializa por la lesión a la esfera del interés de otro sujeto que esté protegido por el derecho (ley o normatividad). Es así como el autor del daño tiene la obligación de indemnizar desde el momento mismo en que incurre en el ilícito y genera un daño.

Indicado lo anterior, es importante precisar que existe una contradicción entre las definiciones de responsabilidad contractual y extracontractual descritas por la Corte Suprema de Justicia, que ameritan un breve análisis. Se resalta, puntualmente, que para esta colegiatura, la imputación de responsabilidad contractual requiere la acreditación de la inejecución o la ejecución defectuosa de una obligación que “*por mandato de la ley o por disposición convencional*” hace parte del vínculo contractual. No obstante, el análisis anterior pasa por alto que el incumplimiento de la ley como fuente de obligaciones, es propio de la responsabilidad civil extracontractual, comoquiera que la vulneración de las leyes o normas, son hechos y eventos jurídicos que cuya pretensión debe ser esgrimida a través de la responsabilidad civil extracontractual y no contractual, como lo indica la Corporación mencionada en jurisprudencia citada con anterioridad.

Es así, que la vulneración de las leyes o normas son fuente de responsabilidad civil extracontractual -tal como se reseñó anteriormente- determinada por el encuentro accidental o fortuito de una fuente de la obligación resarcitoria generada por mandato legal. Para ser más precisos, es el artículo 2341 del Código Civil el mandato legal que impone la obligación de resarcir el daño generado a otro, al señalarse textualmente: “el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”. Entonces, para que resulte comprometida la responsabilidad de una persona natural o

---

<sup>42</sup> Corte Constitucional. (15 de junio de 2010) Sentencia C-1008 [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva]

jurídica, a título extracontractual, se precisa de la concurrencia de tres elementos que la doctrina más tradicional identifica como “culpa, daño y relación de causalidad entre aquella y este”<sup>43</sup>.

Ahora bien, respecto de la responsabilidad de las empresas prestadoras de los servicios de salud (EPS) con los usuarios del sistema general de seguridad social en salud, al ser de naturaleza legal y convencional, y considerando que el derecho a la seguridad social y a la salud es asunto reglado<sup>44</sup>, la relación con los afiliados se califica como contractual, tal como lo contempla el artículo 183 de la Ley 100 de 1993 cuando indica que “las Entidades Promotoras de Salud no podrán, en forma unilateral, terminar la relación contractual con sus afiliados”.

Frente a las IPS, debe considerarse que con la entrada en vigor de la ley 100 del año 1993, cambió un poco el panorama respecto del vínculo que tradicionalmente se concebía entre médico y paciente, dado que actualmente los usuarios del sistema general de salud acuden a sus IPS, bajo el direccionamiento o asignación de sus EPS. De este modo, el artículo 178 numeral 4 de la citada ley ordena a las EPS “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 el territorio nacional”. En síntesis, las EPS al contratar con los usuarios se comprometen a prestar el servicio bajo los principios y postulados de la ley 100, lo que implica que las entidades promotoras de salud deban contratar con empresas prestadoras de servicios de salud para ejecutar dicha prestación.

Así pues, bajo el paradigma organizacional del sistema de salud actual, el aseguramiento lleva a las EPS y las IPS junto con los profesionales de la salud, a cumplir con diligencia y cuidado dentro del marco del riesgo en salud, la ejecución de las obligaciones necesarias para una adecuada atención de sus usuarios. Por ello, las EPS a efectos de que sus afiliados tengan garantizados los servicios de salud obligatorios en todo el territorio nacional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 156 de la Ley 100 de 1993 literal **K** “podrán prestar servicios directos a sus afiliados por medio de sus propias instituciones prestadoras de salud o contratar con instituciones prestadoras y profesionales independientes o con grupos de práctica profesional debidamente constituidos”<sup>45</sup>, lo que lleva a concebir la existencia de una cadena homogénea de contratos<sup>46</sup>, dado que si bien el vínculo contractual surge entre la afiliación del usuario con su EPS, esta última debe contratar con IPS en

---

<sup>43</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (25 de octubre de 1999) Sentencia 50129. [M.P. José Fernando Ramírez Gómez]

<sup>44</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (12 de enero de 2018) Sentencia SC003-2018. [M.P. Luis Armando Tolosa Villabona]

<sup>45</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (30 de abril de 2008) Sentencia [C.P. Martha Sofía Sanz Tobón]

<sup>46</sup> LEURO Martínez, Mauricio and OVIEDO Irsa Tiana. Facturación & auditoría de cuentas en salud. Quinta edición, 2016.

todos las clases explicadas en el primer capítulo, con profesionales en la salud, operadores logísticos de tecnologías en salud, gestores farmacéuticos, entre otros.

Entonces, dentro del sistema general de salud diseñado por la ley 100 de 1993, esa conexidad contractual es necesaria para prestar servicios de salud. En ese sentido, vale la pena indicar que de acuerdo con el profesor Fernando Moreno Quijano, las cadenas o grupos de contratos son varios contratos individuales o reunidos conceptualmente por algo común, ya sea, una misma causa o finalidad, o cuando estos contienen obligaciones con el mismo objeto prestacional<sup>47</sup>. Bajo este entendido, el coligamiento contractual se da cuando hay lugar a la celebración de dos o más convenciones que sirven a un propósito en particular, cuyo logro sólo es posible en virtud de su armónica conjunción<sup>48</sup>.

Resulta oportuno señalar que algunos autores utilizan doctrinalmente nombres o expresiones diferentes para referirse a grupos de contratos interrelacionados, que en realidad comprenden un mismo significado. Por poner algunos ejemplos, el profesor Javier Tamayo Jaramillo habla de grupos de contratos para referirse a cadenas homogéneas o heterogéneas de contratos<sup>49</sup>. Por su parte, el tratadista Jorge López Santa María, se refiere a cadenas de contratos, contratos coligados, conjuntos de contratos, contratos en interrelación, entre otras expresiones<sup>50</sup>; y por último, Christian Larroumet se refiere básicamente a contratos relacionados<sup>51</sup>.

La jurisprudencia nacional en cabeza de la Corte Suprema de Justicia ha indicado frente a la conexidad contractual lo siguiente:

*Así, en los contratos coligados, según enseña la doctrina, no hay un único contrato atípico con causa mixta ‘... sino una pluralidad combinada de contratos, cada uno de los cuales responde a una causa autónoma, aun cuando en conjunto tiendan a la realización de una operación económica unitaria y compleja, luego el criterio de distinción no es aquél, formal, de la unidad o de la pluralidad de los documentos contractuales, ya que un contrato puede resultar de varios textos y, por contra, un único texto puede reunir varios contratos. El criterio es sustancial y resulta de la unidad o pluralidad de causas...’ (Francesco Galgano. El Negocio*

---

<sup>47</sup> MORENO QUIJANO, Fernando. Conferencia: Los grupos de contratos y la responsabilidad civil. 29/ Congreso Nacional de Derecho Comercial: Instrumentos modernos para la empresa y la inversión. Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Medellín, Colombia. 24 y 25 de octubre de 2013.

<sup>48</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (15 de noviembre de 2017) Sentencia SC18476-2017. [M.P. Álvaro Fernando García Restrepo]

<sup>49</sup> TAMAYO Jaramillo, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. 3ª reimpresión. Bogotá: Ed. Legis, marzo de 2008. p. 114.

<sup>50</sup> LÓPEZ Santa María. Op. Cit.

<sup>51</sup> LARROUMET, Christian. Responsabilidad Civil Contractual. Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile, 2006. p. 9.



*Jurídico. Cap. IV. Sección 2ª. Núm. 26); en otras palabras, habrá conexión contractual cuando celebrados varios convenios deba entenderse que desde el punto de vista jurídico no pueden ser tratados como absolutamente independientes, bien porque su naturaleza y estructura así lo exija, o bien porque entonces quedaría sin sentido la disposición de intereses configurada por las partes y articulada mediante la combinación instrumental en cuestión.<sup>52</sup>*

Como consecuencia del efecto relativo de los contratos, y según el entendimiento que del mismo tienen la doctrina y la jurisprudencia, pareciera ser que solo puede haber responsabilidad civil contractual cuando un acreedor sufre un daño en virtud de la inejecución o de la ejecución -ya sea tardía o imperfecta- de la prestación por parte de su deudor. Sin embargo, es necesario aclarar que este tipo de responsabilidad, derivada del acto médico, no es susceptible de enmarcarse restrictivamente en una acción contractual o extracontractual, dado que la escogencia del régimen obedece a sus particularidades y distinciones especiales<sup>53</sup>.

Siendo así, independientemente de la estructura jerárquica administrativa que adopten las empresas promotoras e instituciones prestadoras del servicio, para efectos de garantizar una atención de calidad es irrelevante el grado de subordinación que exista entre los componentes del sistema, es decir que frente a los resultados esperados por los usuarios no hay componentes más importantes que otros<sup>54</sup>. Por eso, aunque los miembros del sistema, dentro de la teoría de la responsabilidad organizacional tienen existencia separada y cumplen funciones diferentes, no actúan de manera aislada o autónoma, pues el engranaje existente entre ellos hace que la conducta de cada uno se defina en relación con los otros y con el sistema total. Esta interrelación es lo que permite materializar los principios de continuidad e integralidad de la atención en salud de calidad<sup>55</sup>, puesto que a través de esa coligación contractual se pretende la prestación íntegra del servicio de salud a los usuarios del sistema general de salud.

En conclusión, se considera que la responsabilidad de las empresas clínicas privadas prestadoras de servicios de salud, que eventualmente puede surgir con ocasión a la causación de un daño a los usuarios del sistema de salud es -en principio- de carácter contractual (sin perjuicio de algunas particularidades que lo ubiquen en una acción extracontractual)<sup>56</sup>, cuando estos han sido

---

<sup>52</sup> Corte Suprema Justicia, Sala de Casación Civil. (6 de octubre de 1999) Sentencia 5224. [M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno]

<sup>53</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (10 de marzo de 2020). Sentencia SC780-2020. [M.P. Ariel Salazar Ramírez]

<sup>54</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (28 de junio de 2017) Sentencia SC 9193-2017. [M.P. Ariel Salazar Ramírez]

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (10 de marzo de 2020). Sentencia SC780-2020. [M.P. Ariel Salazar Ramírez]

direccionados por la EPS para la prestación directa de un servicio, dado que en términos generales, el sistema de salud en Colombia, como se ha explicado a lo largo de este trabajo, está diseñado para atender las necesidades en salud de los usuarios mediante la asignación de IPS que puedan atender la necesidad clínica de cada usuario.

Siendo así, el vínculo contractual que tiene el usuario con su EPS al suscribir el formulario de afiliación hace extensivo y conexo este vínculo con los demás agentes que intervienen en la operación destinada a prestar un servicio médico ejecutado precisamente por las IPS privadas. En otros términos, los inconvenientes o fallas en la prestación del servicio por parte de los integrantes de una red develan una acción u omisión<sup>57</sup> susceptible de indemnización, siempre que ésta se haya originado en una desatención de las obligaciones propias de los agentes, que puede de ser resarcido a través de la institución de la responsabilidad civil, teniendo en cuenta que el Sistema General de Seguridad Social en Salud implica la existencia de coligación contractual en el campo médico y por tanto, compromete la responsabilidad organizacional, que concibe a los actores que intervienen en la operación como elementos del sistema.

### **2.3. Aplicación del régimen objetivo y subjetivo de responsabilidad a las Instituciones prestadoras de servicio de salud en la atención de usuarios**

En Colombia, la responsabilidad civil ha sido estudiada bajo dos regímenes de responsabilidad: el régimen subjetivo y el régimen objetivo. Los mayores defensores del primero fueron los hermanos Mazeaud, quienes sostenían que la culpa debe ser mantenida como requisito y fundamento de la responsabilidad civil, afirmando que sin aquella no existe la aludida responsabilidad<sup>58</sup>. Así, en el régimen subjetivo de responsabilidad se evalúa la existencia de culpa o dolo, como conducta generadora del daño.

Por el contrario, el tratadista Alessandri (*s.f.*) describe el régimen objetivo señalando que esta responsabilidad prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad; en ella se atiende única y exclusivamente al daño producido. Basta éste para que su autor sea responsable cualquiera que haya sido su conducta, haya habido o no culpa o dolo de su parte<sup>59</sup>.

Para algunos autores como Javier Tamayo, la responsabilidad objetiva presume responsable al agente causante del daño, por el solo hecho del daño, sin interesar si es o no intencional, si actuó con culpa

---

<sup>57</sup> *Ibidem.*

<sup>58</sup> MAZEAUD, Henri – Leon – Jean. Tratado de Responsabilidad Civil, pág. 91.

<sup>59</sup> ALESSANDRI Rodríguez, Arturo. De la responsabilidad civil extracontractual en el derecho civil chileno, pág. 92.

o con dolo, si obró bien o mal<sup>60</sup>. Así, las circunstancias psicológicas, económicas o externas de cualquier índole, no tienen influencia para efectos de la responsabilidad civil. Probado el vínculo causal entre agente y daño, se produce la responsabilidad. En Colombia, existen casos en los cuales se ha reconocido por la ley y la jurisprudencia, la aplicación de la responsabilidad objetiva, como lo son, entre otros: i) los derivados de accidentes laborales; ii) en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, el daño especial, la ocupación de inmueble, perjuicios causados por acto administrativo y expropiación por motivos de utilidad pública; iii) responsabilidad por productos defectuosos; iv) daños al medio ambiente<sup>61</sup>.

En materia de responsabilidad médica, pareciera ser, cuando se mira a primera vista y sin mayor detenimiento, que el desarrollo de la jurisprudencia está orientado por el estudio de la responsabilidad bajo un régimen subjetivo o bajo la regla de la culpa. De esta manera, se exige al demandante aportar la prueba de la falla para la prosperidad de sus pretensiones, pues, al comportar la actividad médica una obligación de medio, de la sola existencia del daño no había lugar a presumir la falla del servicio<sup>62</sup>. No obstante, cuando se analizan algunos eventos específicos de la responsabilidad médica, como los casos relativos a la especialidad clínica de ginecología y obstetricia y las infecciones asociadas a la atención en salud o nosocomiales, se evidencia que realmente existen posturas que se apartan totalmente del postulado general comentado y de la aplicación de la regla de la culpa, optando por implementar un régimen objeto como la ha venido haciendo el Consejo de Estado, tal como se indicó en la introducción del trabajo, y se indicará en el siguiente capítulo.

Por ello, frente al tema de contagio intrahospitalario del coronavirus, resulta importante conocer cual ha sido el régimen aplicado a las IPS por la jurisprudencia en Colombia, para posteriormente, determinar cuál debe aplicarse según las condiciones actuales de pandemia a las empresas privadas que prestan estos servicios, y cuál sería el más conveniente para ellas.

### **2.3.1 Postura de la Corte Suprema de Justicia frente a las infecciones asociadas en la atención en salud**

---

<sup>60</sup> TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil, Tomo I. Editorial Legis. Segunda Edición. Bogotá, 2007. Pág. 93.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

<sup>62</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de septiembre de 1991, rad. 6253, M.P. Carlos Betancur Jaramillo; sentencia de 14 de febrero de 1992, rad. 6477, M.P. Carlos Betancur Jaramillo; sentencia de 26 de marzo de 1992, rad. 6255, M.P. Julio César Uribe Acosta; sentencia de 26 de marzo de 1992, rad. 6654, M.P. Daniel Suárez Hernández, entre otras.

Tal como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia<sup>63</sup> a través de sus pronunciamientos y en reiteradas ocasiones, la responsabilidad médica se rige por el principio general de la culpa probada (salvo estipulaciones especiales de las partes), tratándose entonces de un régimen subjetivo, donde debe analizarse el comportamiento culposo o doloso del agente, como elemento indispensable para determinar la existencia de tal responsabilidad por la materialización de un daño indemnizable. Sumado al pronunciamiento jurisprudencial en comento, el artículo 104 de la Ley 1438 de 2011 cataloga la relación obligatoria entre el médico y el paciente como una de medios, construyendo un marco legal sólido frente al régimen de responsabilidad aplicable a dichas relaciones. Este principio de culpa probada -propio del régimen subjetivo-, reviste importancia al momento de atribuir las cargas probatorias de los supuestos de hecho controvertidos. Así, tratándose de obligaciones de medio, es al demandante a quien le incumbe acreditar la negligencia o impericia del médico, mientras que en las de resultado -propias del régimen objetivo-, el elemento subjetivo se presume<sup>64</sup>.

Ahora, es de anotar que la Corte Suprema de Justicia<sup>65</sup> ha adoptado una posición totalmente diferente y contraria a la del Consejo de Estado frente al tratamiento de las infecciones asociadas a la atención en salud, al señalar que la obligación de seguridad a cargo de las empresas que prestan servicios de salud debe subclasificarse en atención a la aleatoriedad e imposibilidad de controlar factores y riesgos que inciden en los resultados. En principio y de acuerdo con los estándares técnicos y científicos exigibles a la entidad, es de medio la obligación de seguridad a cargo de estos establecimientos de hacer lo que esté a su alcance con miras a que su paciente no adquiera en su recinto enfermedades diferentes de las que lo llevaron a hospitalizarse. Denotándose, bajo esta línea de pensamiento, que el régimen de responsabilidad aplicado por la mencionada Corporación no es el objetivo, sino el subjetivo, al clasificar la obligación de seguridad como de medios, contrario al análisis de imputación que realiza del Consejo de Estado, quien -se itera- evalúa las infecciones nosocomiales desde la esfera del régimen objetivo.

La Corte Suprema de justicia, al estudiar la doctrina<sup>66</sup> estima que al ser una obligación de prudencia y diligencia la de seguridad que se viene comentando (evitar que el paciente contraiga infecciones intrahospitalarias), el contenido de la obligación del deudor será entonces el de ser diligente y cuidadoso, el de emplear los medios idóneos de acuerdo con las circunstancias y las normas técnicas

---

<sup>63</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (24 de mayo de 2017) Sentencia SC7110-2017 [M.P. Luis Armando Tolosa Villabona]

<sup>64</sup> *Ibidem*.

<sup>65</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (20 de junio de 2019) Sentencia 2202-2019. [M.P. Margarita Cabello Blanco]

<sup>66</sup> ORDOQUI, Gustavo. Buena fe contractual, 2ª ed., Editorial Ibáñez, Bogotá, 2012, página 389.

y protocolos para tratar de alcanzar el fin común perseguido por las partes, razón por la cual sólo su conducta lo hará responsable o lo exonerará, sin perjuicio de que, por supuesto, pueda demostrar una causa extraña. Esta clase de obligación se ha definido como de resultado.

En conclusión, la responsabilidad civil de las empresas prestadoras de servicios de salud derivada de las infecciones asociadas a la asistencia sanitaria es un asunto problemático que ha venido recibiendo diferentes soluciones judiciales en otras latitudes (responsabilidad objetiva en aplicación de la teoría del riesgo creado, o responsabilidad con culpa presunta para aligerar la carga probatoria al demandante o culpa probada). No obstante, la Corte Suprema de Justicia, por su parte, indica que cada extremo debe demostrar el supuesto de hecho del precepto normativo del que pretende derivar una consecuencia, el demandante que le achaca negligencia, imprudencia, impericia o violación de reglamentos a la entidad hospitalaria deberá establecer los elementos fácticos que dan pie para dicha aserción; y ésta, si alega que, por el contrario, fue diligente, deberá asimismo probarlo<sup>67</sup>. Por esto, puede razonarse con elevada certeza, que, en lo concerniente a contagio intrahospitalario de coronavirus, este ente colegiado seguirá aplicando la regla de la culpa, puesto que pese a ser un patógeno diferente en el contexto actual, sigue las mismas pautas de cualquier infección asociadas a la atención en salud, si ese fuera el caso en que ocurre el supuesto de hecho.

### **2.3.2 Postura del Consejo de Estado frente a las infecciones asociadas a la atención en salud**

En un razonamiento jurídico diametralmente opuesto al de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado como órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, ha indicado que existen diferentes situaciones o eventos ocurridos dentro de la relación IPS-usuario que ameritan ser valorados bajo el régimen de responsabilidad objetiva, enunciándolos así:

*“i) Aquellos eventos que implican la manipulación de cosas peligrosas, o que el procedimiento o el tratamiento empleado entrañe peligro, pero siempre y cuando la herramienta riesgosa cause el daño de manera directa o por ella misma, pues si la lesión es producto de una ejecución irregular del acto médico, aunque medie un instrumento que represente peligro o riesgo, el caso específico estará regido por la responsabilidad subjetiva o culposa; ii) Cuando respecto de un medicamento, tratamiento o procedimiento que implica o conlleva un progreso en la ciencia y, por lo tanto, se considera novedoso, se desconocen las consecuencias o secuelas a largo plazo del mismo; iii) Cuando en el acto médico se emplean químicos o*

---

<sup>67</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (20 de junio de 2019) Sentencia 2202-2019. [M.P. Margarita Cabello Blanco]

*sustancias peligrosas (v.gr. eventos de medicina nuclear); iv) En supuestos de vacunas porque se asume de manera implícita su eventual peligrosidad y reacciones adversas en los diferentes organismos y; v) **Cuando el daño es producto de una infección nosocomial o intrahospitalaria**”.*<sup>68</sup>.(El resaltado es propio).

Dicha Corporación ha sostenido, en sentido opuesto al máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, que las actividades médico sanitarias deben ceñirse al esquema de responsabilidad objetiva, ya que el procedimiento médico quirúrgico es de alto riesgo tratándose de infecciones intrahospitalarias<sup>69</sup>. Ese mismo marco conceptual impone entender que si bien puede estar acreditada la diligencia y cuidado de las empresas que prestan servicios de salud, lo cierto es que en estos eventos de infecciones intrahospitalarias, la responsabilidad se fundamenta en el hecho de que, a pesar de brindarse tratamiento médico al usuario, este ingresó libre de infección y que los microorganismos que la provocaron, fueron adquiridos por el paciente en las instalaciones de estas empresas<sup>70</sup>.

Este mismo ente colegiado, ha dispuesto hacer mayor uso del régimen objetivo de responsabilidad para evaluar algunos eventos que pueden presentarse dentro de la relación IPS-paciente, contemplando dentro estos, los olvidos en que incurren los cirujanos, como el retiro gazas o la presencia de insumos clínicos dentro del paciente (oblitos quirúrgicos) en tanto estos sean fuente de daños<sup>71</sup>. En efecto, el régimen objetivo se impone en este tipo de hipótesis dado que, en aras de exonerarse de responsabilidad, no deviene relevante que la entidad pública demuestre que se comportó de manera diligente y cuidadosa, sino la prueba de causa extraña. En otros términos, el fundamento de la objetividad en el régimen de responsabilidad dimana de la peligrosidad que es inherente al oblito y de los efectos dañinos que de él se desprenden<sup>72</sup>.

En conclusión, se indica que aunque en Colombia la responsabilidad médica por regla general es subjetiva, es decir, se debe probar la falla en el servicio médico y deben comparecer los tres elementos mencionados (El daño antijurídico, la omisión o el actuar doloso o culposo del actor y la relación de causalidad), para el Consejo de Estado existen excepciones a la regla, como son los casos de infecciones asociadas a la atención en salud ,nosocomiales o intrahospitalarias, que se enmarcan dentro del régimen de responsabilidad objetiva, puesto que las infecciones intrahospitalarias, si bien

---

<sup>68</sup> Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (11 de junio de 2014) Sentencia 250002326000199802268 [C.P. Hernán Andrade Rincón]

<sup>69</sup> Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (10 de septiembre de 2014) Sentencia 25000232600019951136901 (27771) [C.P. Dr. Hernán Andrade Rincón]

<sup>70</sup> *Ibidem.*

<sup>71</sup> LORENZETTI, Ricardo Luís “Responsabilidad Civil de los Médicos”, Ed. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 424 y 428.

<sup>72</sup> Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (24 de marzo de 2011) Sentencia 1996-02181 [C.P. Enrique Gil Botero]

pueden llegar a ser irresistibles, no son imprevisibles, pues constituyen un riesgo conocido por la ciencia médica y, además, son prevenibles y controlables, al punto de que la tasa de incidencia de infecciones nosocomiales en los pacientes de un establecimiento determinado es un indicador de la calidad y seguridad de la atención<sup>73</sup>.

#### **2.4 Breve conclusión sobre la disparidad de criterios existente en la jurisprudencia**

La existencia de dos jurisdicciones con la capacidad de conocer controversias relativas a la responsabilidad médica, ha generado una situación de incertidumbre jurídica que afecta directamente a las empresas que prestan servicios de salud. Si bien, al analizarse desde un punto de vista general la responsabilidad civil y del Estado en el ámbito sanitario pareciera que tanto el Consejo de Estado como la Corte Suprema de Justicia aplican la regla de la culpa -cada una con pequeñas variaciones en la denominación de los conceptos-, al estudiar más a fondo situaciones precisas, como el de las infecciones nosocomiales, se encuentra que existen posturas totalmente opuestas que pueden cambiar totalmente el resultado de una sentencia y afectar los intereses patrimoniales de una parte pese a que se presenten los mismos hechos y las mismas pretensiones.

De este modo, cuando se valora la responsabilidad de la IPS privadas bajo el régimen objetivo, se cercena a esta la posibilidad de demostrar su diligencia y el cumplimiento de las obligaciones de seguridad, ocasionando con ello, que la empresa prestadora de servicios de salud, sea responsable de indemnizar los perjuicios generados por el contagio intrahospitalario de coronavirus, salvo que se demuestre la existencia de una causa extraña. Mientras que, al valorarse dicho acontecimiento con la regla de la culpa, la IPS puede demostrar su diligencia, cumplimiento de los protocolos y entandar de calidad, evitando pagar sumas gigantes de dinero en virtud de un resarcimiento que sería impuesto mediante sentencia judicial.

Esta disparidad de posturas que se presenta al dar tratamiento jurídico a las infecciones asociadas a la atención en salud, como es el caso del contagio intrahospitalario de COVID -19 que hoy se estudia, además de generar una posible vulneración al principio de seguridad jurídica comentado, vulnera el principio de igualdad y de unidad jurisdiccional, puesto que al existir un paradigma diferente en cada jurisdicción, las empresas que prestan servicios de salud tendrán un análisis de imputación distinto, obteniendo resultados en la sentencia totalmente opuestos pese a presentarse el mismo evento.

---

<sup>73</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección "B", Sentencia del 29 de agosto de 2013. Expediente 30283 (MP. Danilo Rojas Betancourth).

Por lo anterior, resulta pertinente afirmar que, mientras se logra estudiar más el comportamiento del virus, sus mecanismos de contagio y mutación, así como la eficacia de los protocolos de bioseguridad aplicables, debe aplicarse la regla de la culpa o régimen subjetivo de responsabilidad para valorar estos eventos, puesto que esta regla permite demostrar a las empresas que presta servicios de salud que aunque existe incertidumbre respecto de efectividad de los protocolos de asepsia y antisepsia, están cumpliendo a cabalidad con el estándar médico aplicable contenido en las guías de manejo de los organismos de salud como OMS, sociedades de investigación y demás.

### **CAPÍTULO III**

#### **RESPONSABILIDAD APLICABLE A LAS INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD POR EL CONTAGIO INTRAHOSPITALARIO DE COVID-19**

##### **3.1. La jurisdicción ordinaria y contencioso administrativa podrán conocer de las controversias suscitadas por el contagio intrahospitalario de COVID-19**

Para Hernando Davis Echandía jurisdicción es la función pública de administrar justicia, emanada de la soberanía del Estado y ejercida por un órgano especial<sup>74</sup>. Dentro del ordenamiento jurídico colombiano, la Constitución Política en el artículo 234 reconoce la existencia de una jurisdicción ordinaria al señalar que la Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de dicha jurisdicción, con esta expresión, afirma el constituyente que esta es autonomía e independiente de las demás. De igual forma, el artículo 236 de la Constitución Política trae consigo otra clasificación de jurisdicción, la cual denomina jurisdicción contencioso administrativa, señalando que el Consejo de Estado es el máximo tribunal de dicha jurisdicción, y cuanta con autonomía e independencia<sup>75</sup>.

Tratándose de responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios en salud, debe anotarse que los conflictos jurídicos suscitados con ocasión de un acto donde se alegue la existencia de culpa, imprudencia o negligencia médica y cuya pretensión principal sea la reparación integral del daño causado a la víctima, corresponden al juez civil<sup>76</sup> o al de lo contencioso-administrativo según la naturaleza del sujeto demandado<sup>77</sup>.

En efecto, cuando la pretensión está dirigida a obtener el reconocimiento y pago de los perjuicios derivados de una presunta responsabilidad médico-legal y la naturaleza de la entidad demandada es

---

<sup>74</sup> DAVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso. Editorial ABC. Tomo I, decimocuarta edición. 1996. Colombia. Pág. 77.a.

<sup>75</sup> Ibidem

<sup>76</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 05001-3103-000-1997-5125-01. 22/03/07

<sup>77</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C. P. Daniel Suárez Hernández, □ad. 11312, 20/02/96.



pública, piénsese por ejemplo en una Empresa Social del Estado –ESE–, o en uno de los organismos públicos que hacen parte del sistema general de seguridad social en salud del país, como las secretarías de salud, el ADDRESS, Ministerio de Salud y de la Protección Social, corresponde al juez de lo contencioso-administrativo conocer de la respectiva acción de reparación directa<sup>78</sup>. Por el contrario, si la pretensión indemnizatoria está dirigida contra una institución de carácter privado que participa en el sistema de seguridad social integral y/o contra un profesional de la salud particular por una presunta responsabilidad médica, quien debe conocer de la acción es la jurisdicción ordinaria, competencia civil<sup>79</sup>.

Como regla general, se debe comprender entonces que cuando los demandados por una supuesta responsabilidad médica, como la derivada del contagio intrahospitalario de coronavirus, son personas de derecho público, la jurisdicción contencioso administrativa es quien conoce de dicha controversia a través el medio de control de reparación directa. En cambio, si se trata de conflictos que surgen entre personas particulares y personas derecho privado que no están atribuidos a otra jurisdicción, será la jurisdicción ordinaria quien conozca de las controversias que se susciten en materia de responsabilidad civil. Esta justicia está conformada por municipios, circuitos y distritos; su máximo tribunal, como ya se anotó, es la Corte Suprema de Justicia<sup>80</sup>.

La competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de procesos de reparación directa, donde se busca el resarcimiento de un daño fruto de una supuesta responsabilidad médica causados por agentes del Estado o personas de derecho público, tratándose del contagio intrahospitalario de coronavirus o sea cual sea su naturaleza u origen, tiene un marco legal delimitado en los términos del artículo 104 numeral 1º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA–, del siguiente tenor:

*“La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. Igualmente conocerá de los siguientes procesos:*

- 1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable”.*

---

<sup>78</sup> *Ibídem*

<sup>79</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. José Roberto Herrera Vergara, rad.12289. 22/03/07.

<sup>80</sup> *Ibídem*

Anotado esto, se indica que pueden existir eventos donde haya multiplicidad de demandados - como el contagio intrahospitalario de coronavirus- dentro de los cuales pueden encontrarse personas de derecho público o privado. En estos supuestos de hecho, debe implementarse el fuero de atracción, el cual resulta procedente siempre que, desde la formulación de las pretensiones de la acción y su soporte probatorio, pueda inferirse que existe una probabilidad mínimamente y seria de que la entidad o entidades públicas demandadas, por cuya implicación en la litis resultaría competente el juez administrativo, sean efectivamente condenadas. Tal circunstancia es la que posibilita al mencionado juez administrativo adquirir y mantener jurisdicción para fallar el asunto en lo relativo a las pretensiones formuladas contra aquellos sujetos no sometidos a su jurisdicción, como en el evento en que se encuentre una persona de derecho público y una de derecho privado, incluso en el evento de resultar absueltas, por ejemplo, las personas de derecho público, igualmente demandadas, cuya vinculación a la litis determina que es la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la llamada a conocer del pleito.<sup>81</sup>

De todo lo anterior, se concluye que esta jurisdicción está facultada para vincular y juzgar a los particulares o personas de derecho privado en virtud del fuero de atracción, aun cuando al momento de realizar el análisis probatorio del proceso se establezca que la entidad pública, también demandada, no es responsable de los hechos y daños que se le atribuyen en el libelo. Sin embargo, el factor de conexión que da lugar a la aplicación del fuero de atracción y que permite la vinculación de personas privadas que, en principio, están sometidas al juzgamiento de la jurisdicción ordinaria, debe tener un fundamento serio, es decir, que en la demanda se invoquen acciones u omisiones que, razonablemente, conduzcan a pensar que su responsabilidad pueda quedar comprometida. Se resalta que, para que opere el fuero de atracción, es menester que los hechos que dan origen a la demanda sean los mismos para personas de derecho público y privado, postura que ha sido reiterada por en varias ocasiones por el Consejo de Estado<sup>82</sup>.

Como dato histórico, es oportuno anotar que hace una década aproximadamente, existió un debate en el que se discutió que especialidad de la jurisdicción ordinaria (civil o laboral) era competente para conocer de las controversias de seguridad social, resolviéndose de forma clara esta discusión con pronunciamiento de Corte Constitucional en sentencia C-755 de 2013, de fecha 30 de octubre de 2013, quién indicó que los procesos de responsabilidad médica que actualmente tramitan los jueces

---

<sup>81</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P.: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO Bogotá D.C., veinticinco (25) de julio de dos mil diecinueve (2019) Radicación número: 68001-23-31-000-2007-00128-01(51687)

<sup>82</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, exp. 2005-02076-01(AG).

laborales, debían remitidos a los jueces civiles competentes según la cuantía en el estado en que se encuentren, zanjando así esta discusión que hoy no existe y que tampoco genera confusión al momento de determinar la jurisdicción y competencia del juez que conocerá del proceso donde se alegue responsabilidad de las instituciones prestadoras de servicios de salud. En igual sentido, el artículo 622 del CGP, que modificó el numeral 4º del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, estableció reglas relativas a la competencia para conocer de las controversias de responsabilidad médica, indicando que estas serían competencia del juez civil y no laboral.

Anotado esto, se concluye que las IPS privadas pese a estar sometidas a la jurisdicción ordinaria debido a su naturaleza, en virtud al fuero de atracción pueden ser remitidas a la jurisdicción contencioso administrativa al presentarse contagio intrahospitalario de coronavirus como evento adverso, puesto que al formularse acción judicial en contra de una persona de derecho público y simultáneamente otras de derecho privado, éstas serán remitidas a dicha jurisdicción. Es así, que las IPS privadas pueden estar sujetas a un régimen objetivo de responsabilidad por el contagio intrahospitalario de COVID-19, o valoradas con la regla de la culpa, dependiendo de la jurisdicción que deba conocer del proceso.

La existencia de estas dos jurisdicciones, puede acarrear inseguridad jurídica para las IPS privadas frente al régimen de valoración del contagio intrahospitalario de coronavirus, pues que el Consejo de Estado, ha indicado que la existencia de infecciones asociadas a la atención en salud, deben ser evaluadas mediante el régimen objetivo de responsabilidad, dejando totalmente de lado el estudio de la culpa; Contrario a ello, la Corte Suprema de Justicia como máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, emplea el régimen de culpa probada o régimen subjetivo de responsabilidad para evaluar este tipo de contingencia o evento adverso, analizando el cumplimiento de protocolos y obligaciones de seguridad de las IPS, para establecer si existe una conducta diligente o no, y determinar en caso que exista omisión a este deber, nexo causal con la consumación del daño.

### **3.2. Régimen de responsabilidad aplicable a las empresas de salud por el contagio intrahospitalario del coronavirus a pacientes: valoración de la culpa.**

La OMS<sup>83</sup> indica que el COVID-19 es la enfermedad infecciosa causada por una cepa de coronavirus que se ha descubierto recientemente, que pertenece a una extensa familia del virus que puede causar

---

<sup>83</sup> Preguntas y respuestas sobre la enfermedad por coronavirus (COVID-19). Organización Mundial de Salud. Consultado el 30 de septiembre de 2020. Recuperado de: <https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>.

infecciones tanto en animales como en humanos<sup>84</sup>. Hasta este momento, se ha determinado que una persona puede contraer el COVID-19 por contacto, principalmente de persona a persona, a través de las gotículas que son expulsadas por la nariz o la boca de una persona infectada al toser, estornudar o hablar, o por contacto con superficies donde el virus se encuentre. Así mismo, se ha concluido que esta infección, si bien no es estrictamente de contagio intrahospitalario, puede presentarse como una infección asociada a la atención en salud – IAAS<sup>85</sup>.

Las IAAS son el evento adverso más frecuente durante la prestación de servicios médicos<sup>86</sup>, y ninguna empresa de salud del mundo ni país puede afirmar que ha resuelto este problema sanitario hasta ahora. Su presencia a nivel mundial aún no se conoce con exactitud debido a la dificultad de reunir datos confiables, puesto que la mayoría de los países no cuentan con sistemas de vigilancia de las IAAS, y aquellos que disponen de estos se ven confrontados con la falta de uniformidad de criterios para diagnosticarlas. Según los datos de varios países, se calcula que cada año cientos de millones de pacientes de todo el mundo se ven afectados por IAAS. La presencia de infecciones asociadas a la atención en salud es varias veces superior en países en vía de desarrollo que en los países desarrollados<sup>87</sup>. Por lo anterior, resulta importante valorar la posibilidad de contagio intrahospitalario del COVID-19 en Colombia, su existencia como una infección asociada a la atención en salud y las implicaciones jurídicas que tendría esta infección nosocomial dentro de la eventual responsabilidad organizacional de las empresas prestadoras de servicios de salud.

En términos generales, la Corte Suprema de Justicia ha planteado reiteradamente al referirse a la prestación de servicios de salud y a las infecciones nosocomiales -actualmente denominadas IAAS- que la empresa de salud contrae frente al usuario una obligación de seguridad, que le impone la de evitar que ocurran accidentes con motivo o con ocasión al cumplimiento del contrato<sup>88</sup>. Tal obligación supone la implementación y mantenimiento de medidas encaminadas a prevenir accidentes e infecciones, sobre la base de un control estricto basado en los protocolos médicos contentivos de normas técnicas, adoptados por el propio centro de salud y exigidos por las autoridades que tienen a

---

<sup>84</sup> *Ibidem*.

<sup>85</sup> Prevención y control de infecciones. Organización Panamericana de la Salud (Pan American Health Organization PAHO). Consultado el 30 de septiembre de 2020. Recuperado de: [https://www.paho.org/es/file/70647/download?token=5F\\_0RcTd](https://www.paho.org/es/file/70647/download?token=5F_0RcTd)

<sup>86</sup> De acuerdo con la información generada por OMS/OPS la definición de IAAS, reemplazará otras definiciones previamente utilizadas en otros subsistemas tales como infección nosocomial, infección intrahospitalaria o Infecciones asociadas al cuidado de la salud (IACS). Consultado el 10 de octubre de 2020. Recuperado de <http://www.ins.gov.co/iaas/Paginas/que-son-las-iaas.aspx>.

<sup>87</sup> Una atención limpia es una atención más segura. Carga mundial de infecciones asociadas a la atención sanitaria. Organización Mundial de la Salud. Consultado el 10 de octubre de 2020. Recuperado de [https://www.who.int/gpsc/country\\_work/burden\\_hcai/es/](https://www.who.int/gpsc/country_work/burden_hcai/es/).

<sup>88</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (18 de diciembre de 2009) Sentencia de. Expediente 11001- 3103-018-1999-00533-0 y en Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (18 de octubre de 2005), Sentencia 14491 [M.P. Pedro Octavio Munar Cadena]

su cargo la inspección, vigilancia y control, y que se extienden pero no se limitan a la señalización, transporte hospitalario y ambulatorio de usuarios y pacientes, infraestructura apropiada, métodos de asepsia y antisepsia, procedimientos de seguridad, desinfección, control de visitas, identificación, idoneidad e inspección en materia de salud del personal, coordinación de tareas con el fin de aminorar errores en procesos, disposición de residuos orgánicos, recintos especializados, entre muchas otras<sup>89</sup>.

Así pues, no son pocos los contratos que presuponen la existencia de una obligación de seguridad a cargo de una de las partes, en virtud de la cual el deudor está obligado a cuidar de la integridad corporal del acreedor o de las cosas que éste le ha confiado<sup>90</sup>. Es decir, para definirla con palabras de la Corte Suprema de Justicia, aquella por la cual

*... una de las partes en la relación negocial se compromete a devolver sanos y salvos –ya sea a la persona del otro contratante o sus bienes– al concluir el cometido que es materia de la prestación a cargo de dicha parte estipulada, pudiendo tal obligación ser asumida en forma expresa, venir impuesta por la ley en circunstancias especiales<sup>91</sup>.*

Algunos tratadistas como Gustavo Ordoqui<sup>92</sup> han clasificado este tipo de obligación como una de resultado, considerando tal connotación como propia de su esencia para que cumpla la finalidad de amparo y protección que le es propia. Se afirma que es una obligación de origen jurisprudencial, que se estima preexistente en el contrato -aunque no esté escrita-, se considera arraigada e intrínseca a él. Su esencia es una obligación de resultado, pues su finalidad tuitiva no se podría cumplir de no ser así<sup>93</sup>. Esta postura fue sostenida por la misma Corporación<sup>94</sup> hace varias décadas, indicando que las obligaciones que adquieren las empresas que prestan servicios de salud han sido consideradas como obligaciones de resultado, en la medida que la empresa de salud se obliga a suministrar materiales y productos exentos de vicios, a poner a disposición del paciente personal idóneo, siendo en consecuencia de mayor relevancia, respecto de éstas, la obligación de seguridad<sup>95</sup>. Sin embargo, en años posteriores, esta misma Colegiatura indicó<sup>96</sup>, con ciertas dicotomías conceptuales, -que no se

---

<sup>89</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (20 de junio de 2019) Sentencia 2202-2019 [M.P. Margarita Cabello Blanco]

<sup>90</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (18 de octubre de 2005), Sentencia 14491 [M.P. Pedro Octavio Munar Cadena]

<sup>91</sup> *Ibidem*.

<sup>92</sup> ORDOQUI, Gustavo. Buena fe contractual, 2ª ed., Editorial Ibáñez, Bogotá, 2012, página 389.

<sup>93</sup> *Ibidem*.

<sup>94</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (30 de enero de 2001) Sentencia 5507 [M.P. José Fernando Ramírez Gómez]

<sup>95</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (14 de octubre de 1959) Sentencia [M.P. Hernando Morales M.]

<sup>96</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (30 de enero de 2001) Sentencia 5507 [M.P. José Fernando Ramírez Gómez]

comparten<sup>97</sup>-, que la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, pues así se contempla en el artículo 1604 del Código Civil, estableciendo por tanto una presunción de culpa contractual a cargo de los médicos.

No obstante, otro sector de la doctrina argumenta que la obligación de seguridad puede ser de medio o de resultado, dependiendo de qué tan aleatoria es la seguridad del acreedor de dicha obligación<sup>98</sup>. Entonces, cuando el resultado es aleatorio, dependiendo poco de la exclusiva diligencia y cuidado del deudor, la obligación de seguridad será en este evento de medios<sup>99</sup>. Pero si el alea desaparece y el daño es imputable a la culpa del deudor o a una causa extraña, entonces la obligación es de resultado<sup>100</sup>. En este mismo sentido, la nombrada Corte Suprema de Justicia<sup>101</sup> ha expresado en algunos pronunciamientos que no puede tenerse la obligación de seguridad como de resultado, menos en tratándose de agentes patógenos cuyo control eficaz ha fracasado hasta la fecha a nivel mundial, de donde resulta evidente que la aleatoriedad del resultado indeseado de que el paciente adquiera una enfermedad intrahospitalaria constituye un evento que puede escapar al control de la empresa prestadora de servicios de salud.

Con razón al anterior razonamiento, esa Corporación indicó que es oportuno subclasificar la obligación de seguridad a cargo de las empresas que prestan servicios de salud, atendiendo a la aleatoriedad e imposibilidad de controlar eventos y riesgos que pueden incidir en los resultados de la atención. En principio y de acuerdo con los estándares médicos exigibles a las empresas de salud, es de medio la obligación de seguridad a cargo de estos establecimientos de hacer lo que esté a su alcance con miras a que el usuario no adquiera intrahospitalariamente enfermedades diferentes de las que lo llevaron a hospitalizarse o ingresar ambulatoriamente a las instalaciones<sup>102</sup>. En el común de los casos, cuando el usuario no ha desempeñado función activa en la producción del daño, constituye una obligación determinada o de resultado, mientras que en la hipótesis contraria, es decir cuando ha mediado un papel activo de la víctima en el proceso de causación del perjuicio al establecimiento deudor tan sólo le es exigible un quehacer diligente y técnicamente apropiado, deber que se estima

---

<sup>97</sup> La Corte Suprema de Justicia confunde en ocasiones el concepto de presunción de responsabilidad propio del régimen objetivo de responsabilidad, con el concepto de culpa presunta.

<sup>98</sup> TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil, Tomo I. Editorial Legis. Segunda Edición. Bogotá, 2007. Pág. 94.

<sup>99</sup> RINESSI, Antonio Juan. "El deber de seguridad" Primera edición. Editorial Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2007. Pág. 18.

<sup>100</sup> TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil, Tomo I. Editorial Legis. Segunda Edición. Bogotá, 2007. Pág. 93.

<sup>101</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (20 de junio de 2019) Sentencia SC2202-2019 [M.P. Margarita Cabello Blanco]

<sup>102</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (20 de junio de 2019) Sentencia SC2202-2019 [M.P. Margarita Cabello Blanco]

satisfecho en tanto demuestre que el accidente acaecido no se debió a negligencia, imprudencia o impericia de su parte<sup>103</sup>.

Sin embargo, a través de un razonamiento sustancialmente opuesto, el Consejo de Estado hace claridad en que los daños derivados de “infecciones asociadas a la atención de salud, intrahospitalarias o nosocomiales, la aplicación de vacunas, el suministro de medicamentos, o el empleo de métodos terapéuticos nuevos y de consecuencias poco conocidas todavía”, constituyen lesiones antijurídicas que se analizan dentro de los actos médicos y/o paramédicos, y que, por consiguiente, se rigen por protocolos médicos. En consecuencia, si bien se aproximan a la obligación de seguridad hospitalaria, no pueden vincularse con la misma, motivo por el que en su producción no resulta apropiado hacer referencia técnicamente a la generación de un evento adverso<sup>104</sup>. Por el contrario, aquéllos constituyen daños antijurídicos que tienden a ser imputados o endilgados desde un régimen objetivo de responsabilidad<sup>105</sup>, razón por la que no tendrá relevancia jurídica analizar el comportamiento diligente o cuidado de la empresa de salud, en tanto lo determinante será la atribución fáctica o material del daño en cabeza del servicio médico y sanitario brindado, asociado con el factor de riesgo que conllevan las mencionadas circunstancias. Así entonces, se observa que el Consejo de Estado no concibe el deber de cumplimiento de los protocolos de asepsia y antisepsia como obligaciones de seguridad, desconociendo por un lado la definición de las IAAS como evento adverso antes mencionado, y apartándose del concepto de obligación de seguridad manejado por la Corte Suprema de Justicia y la doctrina.

Finalmente, a pesar de las diferentes concepciones de la obligación de seguridad, puede identificarse que el propósito jurídico de dicha obligación ha sido, desde sus inicios, favorecer a quien sufre un daño, otorgándole herramientas de carácter probatorio. Sin embargo, se considera que tratándose de COVID-19 como eventual IAAS, es complejo desde el punto de vista de la imputación jurídica intentar establecer y valorar la obligación de seguridad como de resultado, dado que, en este contexto de constante descubrimiento e investigación científica frente a este nuevo patógeno, resulta imposible identificar el origen, la fuente y el momento del contagio, siendo estos datos los más importantes para determinar si se está en presencia de una IAAS o no. Ante este panorama, aunque la verdadera razón de la existencia de la obligación de seguridad es que la víctima ya no tenga que probar la culpa del

---

<sup>103</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (1 de febrero de 1993) Sentencia 3532 [M.P. Esteban Jaramillo Schloss]

<sup>104</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo (9 de mayo de 2012) Sentencia 05001-23-24-000-1994-02530-01(22304) [C.P. Enrique Gil Botero]

<sup>105</sup> UIGPELAT, Oriol Mir “Responsabilidad objetiva vs. Funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)”, Conferencia impartida el 28 de noviembre de 2007 en el marco de las Jornadas Hispano – Mexicanas sobre el derecho a la salud y la responsabilidad patrimonial sanitaria. Ver igualmente: Regañon García – Alcalá, Calixto Díaz “Responsabilidad objetiva y nexos causal en el ámbito sanitario”, Ed. Comares, Granada, 2006.

responsable, puesto que ella ha permitido justificar la responsabilidad sin que aquella tenga que aportar otra prueba que la de la ocurrencia del hecho y el daño que este le había causado<sup>106</sup>, no es pertinente presumir la responsabilidad de la empresa prestadora de servicios de salud, precisamente por la imposibilidad -que hasta este momento existe- de identificar el origen del contagio en el entorno intrahospitalario.

Teniendo en cuenta que tanto el tratamiento como el diagnóstico de COVID-19 muestra limitaciones<sup>107</sup>, actualmente sería desacertado valorar bajo el alcance de una obligación de resultado cualquier acto médico realizado por los profesionales de salud o las empresas que prestan dicho servicio, dado que hasta ahora no hay un tratamiento antiviral específico aprobado por la FDA (La Administración de Medicamentos y Alimentos - *Food and Drug Administration*), ni existe precisión completa en las pruebas usadas para el diagnóstico de la enfermedad. Además de ello, hasta ahora no se ha concluido que las superficies infectadas por personas contagiadas tengan capacidad de provocar dicha enfermedad ni que las partículas del virus puedan sobrevivir en esas superficies<sup>108</sup>. Lo anterior, evidencia que, al existir limitaciones en el diagnóstico de la infección, con mayor razón se dificultará conocer el momento exacto del contagio, comoquiera que un paciente puede estar infectado sin evidenciarse clínicamente esta situación, como ocurre con los pacientes asintomáticos. En igual sentido, ocurre con la presencia de falsos positivos o falsos negativos, que ocurren justamente por las deficiencias propias de las pruebas que hasta ahora se practican<sup>109</sup>, lo que solo conllevará a que se desconozca de forma certera y precisa el origen intrahospitalario o no de la infección.

En razón a la dificultad que implica establecer puntualmente el alcance de la obligación de seguridad<sup>110</sup>, y determinar si se trata de una obligación de medio o de resultado la que tiene la empresa prestadora de servicios de salud al obligarse brindar una atención integral tendiente a evitar infecciones intrahospitalarias en general, y de manera más específica del COVID-19 cuando se suministran servicios médicos en época de pandemia, deben considerarse diversos criterios de valoración, que le permita al operador judicial delimitar el alcance de la obligación de seguridad en cada caso en concreto, así como su régimen aplicable. Siendo así, para el caso específico del COVID-19, no podría entenderse, como

---

<sup>106</sup> CABANILLAS Sánchez, Antonio. Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, mercantil y en el laboral, Editorial Civitas Ediciones s.l. Madrid 2000. p. 122.

<sup>107</sup> SARS-CoV-2/COVID-19: el virus, la enfermedad y la pandemia, Francisco Javier Díaz-Castrillón, Ana Isabel Toro-Montoya. Extraído de <http://docs.bvsalud.org/biblioref/2020/05/1096519/covid-19.pdf>

<sup>108</sup> *Ibidem*.

<sup>109</sup> ¿Qué exactitud diagnóstica tienen las pruebas de anticuerpos para la detección de la infección por el virus de la covid-19? Cochrane. Consultado el 10 de octubre de 2020. Recuperado de [https://www.cochrane.org/es/CD013652/INFECTN\\_que-exactitud-diagnostica-tienen-las-pruebas-de-anticuerpos-para-la-deteccion-de-la-infeccion-por-el](https://www.cochrane.org/es/CD013652/INFECTN_que-exactitud-diagnostica-tienen-las-pruebas-de-anticuerpos-para-la-deteccion-de-la-infeccion-por-el).

<sup>110</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (18 de octubre de 2005), Sentencia 14491 [M.P. Pedro Octavio Munar Cadena]



regla general, la existencia de una obligación de resultado ni aplicarse un régimen objetivo de responsabilidad al referirse a las IAAS, comoquiera que las condiciones de la pandemia, más específicamente la dificultad de determinar el origen y el momento preciso del contagio, hacen que esta situación deba ser valorada con la misma regla de las infecciones nosocomiales, es decir, bajo el régimen de subjetivo de responsabilidad o de culpa probada, entendiendo las obligaciones de seguridad como de medio para el caso puntual del COVID-19 como una IAAS y operando, consecuentemente, una presunción en favor de la institución de salud, cuando ha probado el cumplimiento cabal de las obligaciones de seguridad.

Bajo esta línea argumentativa, se considera que un usuario que sufre el supuesto contagio intrahospitalario de COVID-19, debe demostrar que dicho contagio se produjo con ocasión de una atención intrahospitalaria deficiente y violatoria del estándar de asepsia y antisepsia, evidenciando que a su ingreso a la empresa prestadora de servicios de salud no estaba infectado con el virus en comento, y que su contagio ocurrió dentro de las instalaciones de dicha empresa de salud, situación que es difícil de acreditar en un escenario judicial, máxime teniendo en cuenta que en el caso de los pacientes asintomáticos, no está indicada la práctica de pruebas diagnósticas, por lo que descubrir si el usuario ingresó a la institución con la infección es tarea difícil en algunos casos, y conforme a ello, debe considerarse la obligación de seguridad como un mero deber general de prudencia en aquellas hipótesis en las que la conducta del deudor se orienta a la satisfacción de un interés de obtención incierta, como el del paciente que acude a una empresa prestadora de servicios de salud buscando tratamiento para alguna patología, y alega haber sido contagiado de COVID-19 dentro de sus instalaciones sin demostrar dentro del proceso la configuración de una culpa.

Es por lo anterior, que el deber de seguridad puede asimilarse a un deber general de prudencia y diligencia encaminado a evitar la ocurrencia de cualquier percance, más puntualmente, se hace referencia al contagio intrahospitalario de la COVID 19.

Sumado a esto, debe indicarse que el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria realizó un recuento de las responsabilidades especiales que actualmente están consagradas como objetivas. Enumera dentro de ellas la responsabilidad por daños al medio ambiente, la derivada de residuos y desechos peligrosos, la relativa a riesgos profesionales y accidentes laborales; la responsabilidad por daños causados por una cosa que cae de un edificio (art. 2355 del C.C.); la prevista en el artículo 1391 del Código de Comercio (responsabilidad de un banco por el pago de un cheque falso), la de los productores respecto de los consumidores en determinados casos, particularmente por productos defectuosos, y diversos eventos de responsabilidad civil derivados del transporte aéreo, tales como los consagrados en los artículos 1827, 1842, 1880, 1886 y 1887 del Código de Comercio, omitiendo

tener en cuenta la responsabilidad médica de las IPS, por la razones comentadas en líneas anteriores<sup>111</sup>.

En este caso, y como conclusión general, se tiene que el régimen jurídico aplicable a los casos donde el COVID-19 se presente como una infección asociada a la atención en salud – IAAS, debe analizarse y juzgarse a través del régimen subjetivo de responsabilidad o de culpa probada, entendiendo la obligación de seguridad como una obligación de medio, donde incumbe al usuario o paciente demostrar que el deudor o empresa de salud desatendió el deber a su cargo y, por causa de su negligencia o imprudencia, causó el daño alegado por aquél<sup>112</sup>, esto para ambas jurisdicciones, tanto para la contencioso administrativa como para la jurisdicción ordinaria.

Lo anterior, no solo por las incertidumbres que actualmente giran en torno a la prevención, diagnóstico y curación de la enfermedad, sino también, porque al realizar una lectura del cuerpo normativo que rige la responsabilidad civil en Colombia, pareciese que nuestro ordenamiento jurídico no contempló la posibilidad de excluir el estudio de la culpa como elemento configurativo de la responsabilidad, y por consiguiente, no previo la posibilidad de implementar el régimen objetivo de responsabilidad basado en la teoría del riesgo. Esto se advierte con gran facilidad al realizar lectura del artículo 2341 del código civil, que a grandes rasgos indica que la persona que haya cometido un delito o culpa y causa daño a otro, es obligado a la indemnización, previendo con claridad que para que exista el deber de indemnizar, debe configurarse la culpa.

A su vez, llama la atención que la norma utilizada por muchos tratadistas<sup>113</sup>, inclusive por la Corte Suprema de justicia y el Consejo de Estado para aplicar responsabilidad objetiva<sup>114</sup>, (artículo 2346 del código civil colombiano) tampoco permita concluir con claridad que el ordenamiento jurídico colombiano prevé la existencia del régimen objetivo de responsabilidad, puesto que al realizar una lectura del mismo, se encuentra que la citada norma indica que, por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta, indicando que debe estar presente, precisamente, el elemento culpa como hecho generador. Por todo lo anterior, es que se concluye sin lugar a dudas, que el ordenamiento jurídico colombiano no prevé de forma clara el régimen objetivo de responsabilidad, muchos menos entonces, podría aplicarse este a la valoración de infecciones asociadas a la atención en salud, como ya se comentó.

---

<sup>111</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia 01054 (exp. 11001-3103-038-2001-01054-01) de agosto 24 de 2009, M.P. William Namén Vargas, fundamento jurídico 6, p. 57

<sup>112</sup> *Ibidem*.

<sup>113</sup> ZULETA ÁNGEL, Eduardo. Estudios Jurídicos, Bogotá: Temis, 1974. Pp. 236 y 237.

<sup>114</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia 01054 (exp. 11001-3103-038-2001-01054-01) de agosto 24 de 2009, M.P. William Namén Vargas.

### **3.3. Consideración del coronavirus como una causa extraña en las infecciones nosocomiales: nexo causal**

Como lo ha indicado el profesor Javier Tamayo<sup>115</sup>, ningún evento o acontecimiento puede considerarse a primera vista, un fenómeno que configure una causa extraña. Esta afirmación es totalmente aplicable al caso del COVID-19 como eventual infección asociada a la atención en salud – IAAS, cuando quisiera valorarse jurídicamente la consumación de una causa extraña como causal eximente de responsabilidad en favor de las empresas que prestan servicios de salud durante el estudio de imputación jurídica de la responsabilidad derivada por el contagio intrahospitalario del COVID-19. Para que el evento del contagio intrahospitalario del COVID-19 sea considerado un evento de causa extraña, en cualquiera de sus formas como fuerza mayor, caso fortuito, hecho determinante de un tercero o de la víctima<sup>116</sup>, deben ostentar la característica de ser acontecimientos anónimos, imprevisibles, irresistibles y externos a la actividad<sup>117</sup> de la empresa prestadora de servicios de salud. Por ello, antes de llegar a una conclusión apresurada y equívoca, (error al que a veces se llega cuando se estudian fenómenos sociales, económicos o de salud nuevos con implicaciones jurídicas), debe precisarse que el coronavirus no puede incluirse ni excluirse, rápidamente, como un fenómeno de causa extraña<sup>118</sup>, por lo que resulta necesario estudiarse cada caso en concreto.

Así pues, en eventos donde existan usuarios o pacientes que acuden a una empresa prestadora de servicios de salud buscando el tratamiento de alguna patología, y se vean contagiados con coronavirus, si el centro hospitalario cumplía con todas las medidas de materiales y personales de asepsia exigibles antes de los contagios, y no se acreditó de forma alguna dentro del proceso judicial la culpa de la empresa prestadora de servicios de salud, concurre al estudio de la imputación jurídica una causa extraña. Así, aunque la institución de salud deba responder objetivamente por una infección nosocomial, según la doctrina probable del Consejo de Estado, esta no le es imputable a dicha empresa el daño generado por dicho contagio, si la misma se debe a una causa extraña, situación que se configura automáticamente en el caso del COVID-19 al acreditarse el deber de diligencia que debe ser equiparado con la obligación de seguridad de medios, para este tipo de casos puntualmente. Entonces, en las condiciones actuales de la pandemia, resulta coherente pensar que tanto el diagnóstico como la determinación del origen del contagio, resultan complejíssimos por la manifestaciones clínicas del virus y la valoración de la información científica obtenida frente el

---

<sup>115</sup> TAMAYO Jaramillo Javier, Tratado de la responsabilidad civil, *Legis*, Bogotá, 2009, T. II, n. 11.

<sup>116</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de marzo 24 de 2011, C.P. Mauricio Fajardo Gómez

<sup>117</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (6 agosto de 2009) Sentencia rad. 2001-00152-01.

<sup>118</sup> La culpa y la causa extraña en el coronavirus. Javier Tamayo Jaramillo. Consultado el 10 de octubre de 2020. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/civil-y-familia/la-culpa-y-la-causa-extrana-en-el-coronavirus>.

contagio del mismo<sup>119</sup>, se hace referencia a los pacientes asintomáticos, donde no se encuentra indicado el ordenamiento de exámenes diagnósticos, lo que generaría dificultad en determinar el origen de un eventual contagio nosocomial<sup>120</sup>.

Para intentar un diagnóstico oportuno, la Asociación Colombiana de Infectología indicó que es útil para el facultativo sospechar la infección por SARS CoV-2/COVID-19 en pacientes que cursen con dos (2) o más síntomas sugestivos de infección respiratoria dentro de los cuales puede incluirse la fiebre, independientemente de la definición epidemiológica vigente, por lo que, ni siquiera en estos eventos de sospecha, indicativa de pruebas diagnósticas, podrá determinarse el origen y el momento del contagio, dado que podría tratarse de un usuario que desarrolló los síntomas por el COVID-19 adquirida en cualquier lugar y momento, dado el elevado índice de contagio del patógeno.

Sobre el particular, vale la pena indicar que cuando la empresa que presta servicios de salud ha cumplido los protocolos de asepsia y antisepsia, y se configura un contagio aparentemente intrahospitalario de COVID-19, se está en presencia de un evento adverso no prevenible, entendido este como *“un resultado no deseado y no intencional, que se presenta a pesar del cumplimiento de los estándares del cuidado asistencial”*<sup>121</sup>. Sin lugar a dudas, el hecho, en ese momento, era imprevisible, irresistible y no imputable jurídicamente al demandado, dado que este cumplió con los parámetros establecidos de atención, configurando automáticamente como ya se mencionó, un fenómeno de causa extraña, aun cuando el contagio del COVID-19 se trate de un acontecimiento interno o intrahospitalario de la empresa que presta servicios de salud, puesto que no deja de ser exterior o extraño jurídicamente a esta, en el sentido de que ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la accionada, no solo por la imposibilidad de identificar el origen del diagnóstico, sino también por descarte, dado que la mencionada imposibilidad junto con la prueba de la diligencia y cuidado por parte de la empresa prestadora de servicios de salud, simplemente revelan la existencia de una causa extraña. La realidad mundial actual, no solo nacional o continental, ha demostrado que ningún hospital o institución del mundo estaba preparada para enfrentar una pandemia, puesto que no disponía de salas de hospitalización, unidades de cuidados intensivos y pruebas diagnósticas suficientes, así como tampoco se disponía de tecnología y personal

---

<sup>119</sup> Consenso colombiano de atención, diagnóstico y manejo de la infección por SARS-COV-2/COVID-19 en establecimientos de atención de la salud. Asociación Colombiana de Infectología, ACIN. Consultado el 11 de octubre de 2020. Recuperado de <http://www.revistainfectio.org/index.php/infectio/article/view/851/946>.

<sup>120</sup> *Ibidem*.

<sup>121</sup> Detectar, Prevenir y Reducir Infecciones Asociadas con la Atención En Salud. Paquetes Instruccionales. Guía Técnica “Buenas Prácticas Para La Seguridad Del Paciente En La Atención En Salud”. Ministerio de Salud. Consultado el 10 de octubre de 2020. Recuperado de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/CA/Detectar-Infeciones.pdf>.

especializado para atender la presente pandemia<sup>122</sup>, situación que corrobora con mayor razón la configuración de una causa extraña e invita al operador judicial a valorar desde una perspectiva diferente la concepción de este fenómeno exterior y de obligaciones de seguridad en materia de salud, no solo por el hecho de presentarse una pandemia de forma súbita debido al rápido contagio y expansión del virus, sino también por la imposibilidad de determinar el origen y el momento del contagio del COVID-19 tratándose de IAAS.

Dada la presencia de un contagio masivo de pacientes a nivel mundial, pareciera que esta enfermedad no solo se ha afectado la salud de las personas, sino que además ha generado una afectación a los centros de atención, dado el colapso o la falta de instrumentos para atender la emergencia, lo cual a su vez constituye un retraso en la atención primaria a los pacientes<sup>123</sup>, evidenciando lo vulnerables que estos pueden ser, la falta de adecuaciones e instalaciones para atender una pandemia a nivel mundial<sup>124</sup>. Asimismo, esta situación repetida en todos los sistemas de salud del mundo reitera la configuración de una causa extraña, ya que las dificultades que se presentan en Colombia también se presentan en casi todos los países del mundo, instituyéndose este fenómeno de causa extraña como un eximente de responsabilidad organizacional para las empresas que prestan servicios de salud, descrita anteriormente en este trabajo.

De igual manera, se torna necesario indicar que, al acreditarse el cumplimiento de la obligación de seguridad por parte de las empresas prestadoras de servicios de salud respecto de los protocolos de asepsia y antisepsia, higiene y esterilidad para la atención de pacientes, se produce el rompimiento del nexo causal de la responsabilidad, y consecuentemente la desvinculación de quien realiza la supuesta conducta (por acción u omisión) con la ocurrencia del daño antijurídico generado. Lo anterior, teniendo en cuenta que, al acreditarse la inexistencia de culpa mediante los medios probatorios recaudados dentro del proceso, resultaría coherente afirmar que no existe lugar a analizar el elemento de causalidad, comoquiera que, al derribarse la culpa imputada a la empresa clínica, no podría predicarse causalidad alguna con el daño generado en la atención de salud, que en el presente caso es el contagio asociado a la atención en salud a pacientes en Colombia.

---

<sup>122</sup> ¿Está preparado el sistema de salud colombiano para enfrentar el COVID-19? Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación- SCARE. Consultado el 11 de octubre de 2020. Recuperado de <https://scare.org.co/noticias/esta-preparado-el-sistema-de-salud-colombiano-para-enfrentar-el-covid-19/>.

<sup>123</sup> SARS-CoV-2/COVID-19: el virus, la enfermedad y la pandemia. Francisco Javier Díaz-Castrillón, Ana Isabel Toro-Montoya. Consultado el 11 de octubre de 2020. Recuperado de <http://docs.bvsalud.org/biblioref/2020/05/1096519/covid-19.pdf>.

<sup>124</sup> ¿Está preparado el sistema de salud colombiano para enfrentar el COVID-19? Sociedad Colombiana de Anestesiología-SCARE. Consultado el 11 de octubre de 2020. Recuperado de <https://scare.org.co/noticias/esta-preparado-el-sistema-de-salud-colombiano-para-enfrentar-el-covid-19/>.

Así, el rompimiento del nexo causal se presenta porque el demandante no logra acreditar el incumplimiento de los protocolos de asepsia y antisepsia, tendientes a proteger a los usuarios del sistema de salud del contagio intrahospitalaria de COVID-19, es decir, el incumplimiento de la obligación de seguridad descrita anteriormente como una obligación de medio, y cuya omisión configura la existencia de la culpa como hecho generador. Como se dijo, en el evento en que el demandante incumpla su carga procesal de demostrar la existencia de una culpa por parte de la empresa clínica prestadora de servicios de salud, se prescinde del análisis de causalidad, puesto que no puede relacionarse la configuración del contagio y sus efectos clínicos, con una conducta culposa de la empresa. Por lo anterior, queda claro que el contagio de COVID-19 debe ser efecto o resultado de aquella actuación u omisión, que, en caso de no acreditarse, no se podría realizar el examen de causalidad, y por lo tanto tampoco podría hablarse de la configuración de responsabilidad imputable a las citadas empresas.

En conclusión, los efectos devastadores del virus frente al colapso de los sistemas de salud, la inexistencia de precisión en los medios de diagnóstico, los tratamientos farmacológicos ineficaces, la inexistencia de vacunas y la insuficiencia de unidades de cuidados intensivos, hizo que, muchas veces, los profesionales de la salud en sus diferentes especialidades tuvieran comportamientos calificados como culposos a primera vista, sin que se deba puntualmente a un evento imputable a estos. Miradas las cosas con detenimiento, los eventuales errores cometidos debido al caos organizacional generado por la pandemia, podrían estudiarse bajo la teoría de responsabilidad organizacional descrita anteriormente, evidenciando que estos resultan imputables a una causa extraña y no a descuidos de los médicos que constituyan culpa, por lo menos en lo referido estrictamente al contagio intrahospitalario del COVID-19, siempre que la institución acredite el cumplimiento de la obligación de seguridad, ya que las circunstancias concretas impiden un manejo perfecto de la situación y una comprensión científica del comportamiento del virus, por muy diligentes que sean los profesionales de la salud. La culpa se juzga no en un detalle concreto y aislado, sino en el contexto estrictamente del caos organizacional creado por el desastre dentro del cual se realizó ese acto concreto, que no solamente podría eventualmente ser imputable a empresas que prestan servicios de salud, sino en general, a todos los agentes que intervienen en el sistema general de seguridad social en salud de Colombia.

#### **CAPÍTULO IV**

#### **CONCLUSIONES**

Al analizar la responsabilidad civil de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud por el contagio intrahospitalario de COVID-19 a usuarios del sistema de salud Colombiano, se concluye

que -aunque el tema seguirá generando discusión- debe aplicarse el concepto o teoría de responsabilidad organizacional desarrollado por la Corte Suprema de Justicia desde el año 2016, dado que el modelo de seguridad social establecido en la ley 100 de 1991, implica necesariamente estudiar la responsabilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva de la teoría de los sistemas, paradigma bajo la cual funcionan actualmente las empresas que prestan servicios de salud, quienes ejecutan sus servicios mediante un esquema organizado donde intervienen una cadena agentes que actúan en sinergia para lograr una atención integral. En la actualidad, en el proceso de tratamiento o curación de una enfermedad no basta con brindarse una atención individual de un profesional de la salud como anteriormente se concebía, pues en este proceso deben intervenir varios sujetos especializados en el manejo de la enfermedad, varios equipos y tecnologías aplicadas que se agrupan en una red de servicios, mismos que hoy se condensan en las empresas que prestan servicios de salud.

Así, al hablarse de contagio intrahospitalario de COVID-19, debe aplicarse el concepto de culpa sistémica u organizacional, dado que cualquiera de los agentes que forma parte del engranaje de la prestación del servicio de salud brindado por una empresa, puede omitir el cumplimiento de un protocolo o norma de bioseguridad, siendo difícil determinar bajo las condiciones actuales de la pandemia, el momento exacto del contagio, por lo que este concepto además de adaptarse al modelo actual de seguridad social del país, funciona adecuadamente para evaluar la responsabilidad de la empresa como unidad de económica donde convergen varios agentes que intervienen en la prestación de servicios de salud al momento de presentarse un caso de contagio de este patógeno; así, la responsabilidad organizacional o sistémica permite dejar a un lado el estudio individual de las culpas, y logra conseguir una reparación para quien sufre un daño en casos donde resulta complejo identificar el agente causante del mismo, en este caso puntual, el contagio intrahospitalario de COVID-19.

Para el caso puntual de COVID-19, se aplica muy bien este concepto, puesto que como lo expresa la Corte Suprema de Justicia al referirse a esta reciente teoría, en ocasiones no es posible hacer un juicio de reproche culpabilístico a un sujeto determinado o a varios sujetos generadores del daño. Sin embargo, esto no impide que se pueda atribuir responsabilidad a la persona jurídica por fallas, anomalías, imperfecciones, errores en la comunicación, entre otros, que sean identificables, constatables y reprochables, por lo que se entenderían probados todos los elementos de la responsabilidad, condición importante al momento de evaluar el contagio intrahospitalario del citado patógeno, comoquiera que efectivamente, en este contexto es muy complicado determinar el momento y origen del contagio. Esta teoría podría resolver un problema de causalidad y permitiría a la víctima recibir una indemnización sin cercenar las posibilidades de la IPS de demostrar el deber de diligencia óptimo.

Ahora, frente al régimen de responsabilidad aplicable a las IPS privadas por el contagio intrahospitalario de COVID 19 a usuarios, es razonable concluir que debe valorarse la culpa como elemento de configuración de la misma, puesto que para imputar esta a las empresas que prestan estos servicios, es indispensable identificar específicamente si dichas instituciones cumplieron con la obligación de seguridad que les compete, entre tantas, la de mantener incólumes los protocolos de asepsia y antisepsia, higiene y esterilidad que buscan mitigar la presencia de infecciones asociadas a la atención en salud – IAAS y reducir su impacto. Así entonces, debe aplicarse un régimen subjetivo de responsabilidad, donde las empresas privadas que prestan servicios de salud se exoneren de la responsabilidad imputada demostrando su diligencia y cuidado, más aún, tratándose de un patógeno como el SARS COV 2, donde las investigaciones científicas todavía estudian los mecanismos y formas de contagio del virus, debiéndose tratar la obligación de seguridad para este tipo de eventos como una obligación de medio.

Se considera que este mismo régimen de responsabilidad debe ser aplicado en la jurisdicción contencioso administrativa, con el fin de estandarizar la valoración de responsabilidad de las empresas que prestan servicios de salud, dado que, como ya se mencionó, el Consejo de Estado indica que las infecciones nosocomiales deben ser estudiadas bajo la teoría del riesgo, indicando que el régimen aplicable es el de responsabilidad objetiva, desconociendo la necesidad de valorar la culpa en este tipo de eventos y presumiendo una responsabilidad que en el contexto actual de la pandemia, resulta improcedente, teniendo en cuenta las vicisitudes que genera el diagnóstico e identificación del origen del contagio. Entonces, la postura de la citada Corporación es diametralmente opuesta a la de la Corte Suprema de Justicia, y, entre otras cosas, a pesar de hablarse de una empresa clínica privada, podría ser aplicada a esta al presentarse fuera de atracción por existir un ente de derecho público, siendo remitido el litigio a la jurisdicción citada y debiéndose aplicar la citada postura del Consejo de Estado.

Así también, se concluye que al estudiarse de responsabilidad de las IPS privadas derivada del contagio de COVID-19 en la prestación de servicios de salud, debe dejarse a un lado la discusión poco productiva de si se trata de una acción contractual o extracontractual la que debe incoar el usuario afectado y sus familiares, comoquiera que es claro que en un proceso verbal de responsabilidad, pueden concurrir los dos tipos de responsabilidad comentadas (contractual y extracontractual), teniendo en cuenta que la ley 100 de 1991 indica tácitamente que el vínculo entre usuario del sistema de salud y EPS es contractual y este se hace extensivo con las empresas clínicas o IPS en virtud de un fenómeno de coligación contractual. En igual sentido, debe entenderse que la acción de responsabilidad civil contractual es procedente cuando se trata de la pretensión de reparación de un daño realizada por familiares del usuario, dado que estas están legitimadas en la



causa por activa para solicitar el resarcimiento de dicho menoscabo, puesto que existe un vínculo previo a la causación de este, que, como ya se mencionó, es esa relación contractual del usuario con el sistema de salud.

Debe indicarse que en este momento de la historia, no puede valorarse el contagio intrahospitalario de COVID-19 desde otro régimen de responsabilidad diferente al subjetivo, dado que bajo ninguna circunstancia podría omitirse el estudio de la culpa o presumirse la responsabilidad a una empresa clínica privada cuando no se ha estudiado en primera medida, el cumplimiento de los protocolos médicos de seguridad, los cuales pueden ir cambiando conforme a las investigaciones médicas, tal como ha ocurrido hasta este momento. En consecuencia, cuando al haberse presentado el pertinente estudio jurídico se identifica que la empresa clínica privada que se encuentra inmersa en un reproche de responsabilidad por el supuesto contagio del COVID-19 ha cumplido con todos los protocolos médicos de bioseguridad, no existe más opción que valorar el diagnóstico del citado patógeno como una causa extraña, dado que jurídicamente este evento médico o evento adverso, es totalmente ajeno al deudor o el supuesto agente causante del daño, comoquiera que al demostrarse el cumplimiento de protocolos de bioseguridad a cabalidad, se cumple con la obligación de seguridad, y causalmente no existe otra calificación para el contagio del virus a un usuario.

En igual sentido, cuando se acredita el cumplimiento de la citada obligación de seguridad, se está ante la ausencia de culpa como hecho generador, motivo por el cual debe concluirse que la acreditación de cumplimiento de protocolos de asepsia y antisepsia revelan la inexistencia de nexos causal, el cual solo entraría a analizarse en caso de comprobarse la configuración de culpa por incumplimiento de la obligación de medios, puesto que resultaría poco productivo entrar a realizar un análisis de causalidad cuando se ha logrado acreditar el cumplimiento de la obligación de seguridad.

Conforme a lo indicado, tratándose del contagio de COVID-19 como una infección asociada a la atención en salud, resulta dable concluir que, a veces circunstancias inevitables e imprevisibles desvían la cadena causal y determinan que no puede atribuírsele fácticamente el resultado dañoso al agente supuestamente causante del daño, cuya acción de ninguna manera podría llevar, conforme al curso natural y ordinario de los acontecimientos, a provocar tal perjuicio; de ello cabe entonces concluir que necesariamente han sido otras las condiciones que lo produjeron el contagio, y no la vulneración a protocolos médicos de bioseguridad, asepsia y antisepsia.

Se anota también como conclusión, que el régimen subjetivo de responsabilidad o regla de la culpa impone a la empresa que presta servicios de salud la obligación de compensar los daños que causa cuando viola su deber de diligencia, es decir, cuando no adopta las precauciones razonables según las

*lex artis ad hoc*, como los protocolos de bioseguridad sugeridos por las guías médicas para evitar el contagio intrahospitalario del coronavirus. En términos económicos, el concepto de deber de diligencia fue definido por el juez Learned Hand en función de tres variables: i) la probabilidad de que ocurra el accidente; ii) la gravedad del accidente si éste tiene lugar; y iii) el coste de las precauciones necesarias para evitarlo<sup>125</sup>. Así, la regla de la culpa permite a la empresa prestadora de servicios de salud demostrar su diligencia, cuando determina la probabilidad del evento y la gravedad del mismo, y una vez estudiados estos datos estadísticos, toma también las medidas óptimas que tomó para prevenir o mitigar el eventual contagio intrahospitalario de coronavirus según el postulado antes mencionado.

De esta manera, la diligencia adoptada disminuye las probabilidades de ocurrencia del contagio, pero incrementa los costes de la precaución para la IPS, los cuales debe asumir para resultar absuelta en un eventual proceso judicial. Entonces, lo que afirma la mencionada fórmula de Hand, es que un individuo que omite tomar precauciones es negligente solo si su coste de evitación era inferior al valor esperado del daño (el valor del daño, ponderado por la probabilidad de su ocurrencia). Por ello, una empresa de salud razonable únicamente evitaría aquellos daños que tengan un valor más alto que las medidas que han de adoptarse para prevenirlos<sup>126</sup>. Por esta poderosa razón, se afirma que la regla de la culpa o régimen subjetivo es el régimen aplicable más conveniente para las IPS, puesto que no impone el deber arbitrario de resarcir las consecuencias del contagio intrahospitalario obligatoriamente – como ocurre en el régimen objetivo–, sino que estudia el cumplimiento del deber de diligencia y la toma de medidas óptimas para evitar o reducir el riesgo.

Anotado esto, debe decirse que en la responsabilidad objetiva o sin estudio de la culpa, implica que ante el contagio intrahospitalario de coronavirus la IPS siempre tenga el deber de indemnizar a la víctima, situación que pone en total desequilibrio a estas empresas, puesto que además de asumir los gastos que implica ejecutar los protocolos de bioseguridad, de asepsia y antisepsia para evitar el contagio y propagación del covid-19, debe cargar con la deber probatorio de demostrar la existencia de una causa extraña como causal eximente de responsabilidad según la jurisprudencia colombiana, y siendo esto poco, en caso de no acreditarse el anterior fenómeno, debe indemnizar a la víctima sin que se estudie, por lo menos, que cumplió con todos los protocolos descritos anteriormente.

Así entonces, resulta lógico pensar que el régimen objetivo de responsabilidad no es una opción jurídica viable para valorar el contagio intrahospitalario de coronavirus, teniendo en cuenta las implicaciones atrás mencionadas y entendiendo como la más importante, que no permite al agente

---

<sup>125</sup> Véase *United States v. Carroll Towing Co.* 159 F. 2d 169 (2d Cir. 1947)

<sup>126</sup> PAPANIS, Diego M. La responsabilidad civil como asignación de pérdidas. 2014.

liberarse de responsabilidad ni siquiera adoptando medidas óptimas de precaución; contrario a ello, la regla de la culpa permite al agente liberarse totalmente de responsabilidad si adopta las medidas óptimas de diligencia. Se observa pues, que la implementación del régimen de responsabilidad objetiva que usa el Consejo de Estado para valorar las infecciones nosocomiales, llamadas ahora infecciones asociadas a la atención en salud -IAAS, solo traería pérdidas económicas para estas empresas, teniendo en cuenta el deber objetivo de indemnizar siempre a quien sufre contagio intrahospitalario, sin valoración de la culpa.

Dicho en otros términos, con responsabilidad objetiva todo daño que la IPS causa a otro es como si lo sufriera ella misma, ya que debe cargar con el coste de la compensación a la víctima y a sus familiares, situación que incrementaría potencialmente el número de demandas instauradas contra las empresas que prestar servicios de salud, dado que al implementarse el régimen objetivo, el accionante tendría conciencia de que pese a que la IPS implemente diligencia y cuidado para evitar el contagio y propagación intrahospitalario del virus, al presentar el contagio, respondería por este.

Por todo lo anterior, la aplicación del régimen subjetivo de responsabilidad conviene más en términos jurídicos y económicos a las IPS, puesto que la distribución del riesgo entre las partes (IPS – usuario) podría definirse en que siempre que la IPS a quien se imputa el contagio intrahospitalario de coronavirus sea diligente, cualquier pérdida, menoscabo o daño que ocurra deberá soportarla la víctima (usuario del sistema de salud y familiares). Si el agente a quien se imputa la causación (IPS) es negligente y la víctima diligente, el primero deberá indemnizar íntegramente el perjuicio causado. Si ambos son negligentes, cada uno cargará con una parte proporcional del daño. Es por lo ello que, con la regla de la culpa, desde la esfera económica, las IPS no tendrían que asumir pagos a todo el que sufre contagio intrahospitalario de este patógeno; mientras que, en el régimen objetivo los costos de indemnización se incrementarían al omitirse el estudio de cumplimiento de medidas optimas de diligencia y obligarsele a estas empresas a pagar siempre que ocurre dicho evento.

Finalmente, la adopción del régimen subjetivo de responsabilidad permitirá superar la incertidumbre jurídica que genera la coexistencia de dos jurisdicciones, la cual afecta tanto a las IPS privadas como a los usuarios del sistema de salud, puesto que las empresas que prestan servicios de salud deben tener certeza frente a los argumentos jurídicos que podrán ser usados para declarar o no la eventual responsabilidad que pueda derivarse del contagio de coronavirus, y al coexistir dos regímenes de responsabilidad aplicados por cada jurisdicción, se vulnera el principio de seguridad jurídica cómo principio central en los ordenamientos jurídicos occidentales, puesto que podrían obtenerse sentencias totalmente diferentes con variado alcance, aunque versen sobre hechos y el supuesto de hecho tenga características similares.

La Corte Constitucional ha señalado que el principio de seguridad jurídica ostenta rango constitucional y lo ha derivado del preámbulo de la Constitución y de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la Carta, puesto que la seguridad jurídica es un principio que atraviesa la estructura del Estado de derecho y abarca varias dimensiones, que en términos generales supone una garantía de certeza. Así, la seguridad jurídica debe invocarse de manera autónoma para ejercer la garantía y efectividad de los derechos de las personas jurídicas y naturales<sup>127</sup>. De una parte, estabiliza a través de la certeza, las competencias de la administración, el legislador o los jueces, de manera que las personas jurídicas y naturales no se vean sorprendidos por cambios de competencia. Por otra parte, otorga certeza sobre el momento en el cual ocurrirá la solución del asunto sometido a consideración del Estado<sup>128</sup>.

Resulta claro entonces, que además de sobrecargarse a las empresas que prestan servicios de salud al indemnizar el contagio intrahospitalario de coronavirus a pacientes sin estudiar el cumplimiento de obligaciones de seguridad y deberes diligencia como ocurre en el régimen objetivo, también se vulnera la certeza que debe existir cuando se accede a la justicia, puesto que por el fuero de atracción que opera cuando se demanda un ente público y a una persona de derecho privado, estas empresas serían sometidas al régimen objetivo de responsabilidad. Inclusive, podría pensarse que como estrategia jurídica, resultaría conveniente demandar a un ente público para que opere el citado fuero, y la empresa que presta servicios de salud sea condenada a indemnizar el daño solo por la ocurrencia del mismo.

Sumado a lo anterior, la existencia de dos regímenes de responsabilidad que pueden aplicarse para la valoración de casos relacionados con el contagio intrahospitalario del COVID -19, vulnera el principio de igualdad que no solo atiende las necesidades de las personas naturales, sino también a las jurídicas. Así, con relación a la disparidad de regímenes de imputación que se presenta debido a la coexistencia de jurisdicciones que pueden conocer de este tipo de eventos adversos, debe decirse que la igualdad cumple un triple papel en nuestro ordenamiento constitucional por tratarse simultáneamente de un valor, de un principio y de un derecho fundamental<sup>129</sup>. Este múltiple carácter

---

<sup>127</sup> Corte Constitucional, Sentencia de Tutela T-502 de 2002

<sup>128</sup> *Ibidem*.

<sup>129</sup> La jurisprudencia constitucional se ha ocupado de diferenciar los valores, los principios y los derechos fundamentales. En la sentencia T-406 de 1992 se propone la distinción entre valores y principios constitucionales, indicando que los valores son normas que establecen fines dirigidos en general a las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador; los principios son normas que establecen un deber ser específico del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial. La diferencia entre principios y valores no es de naturaleza normativa sino de grado y, por lo tanto, de eficacia. Los principios, por el hecho de tener una mayor especificidad que los valores, tienen una mayor eficacia y, por lo tanto, una mayor capacidad para ser aplicados de manera directa e inmediata, esto es, mediante una subsunción silogística. Los valores, en cambio, tienen una eficacia indirecta, es decir, sólo son aplicables a partir de una concretización casuística y adecuada de los principios constitucionales. De manera similar, la diferencia entre principios y reglas constitucionales no es de naturaleza normativa sino de grado, de eficacia. Las normas, como los conceptos, en la medida en que ganan generalidad aumentan su espacio de influencia, pero pierden concreción y capacidad para iluminar el caso concreto.

se deriva de su consagración en preceptos de diferente densidad normativa que cumplen distintas funciones en nuestro ordenamiento jurídico.

La función social que cumplen las personas jurídicas, hace necesario que muchos derechos fundamentales deban serles garantizados estrictamente por el sistema jurídico en cuanto de una u otra forma se reflejan en las personas naturales que integran la población. La Corte Constitucional ha destacado derechos fundamentales como el debido proceso, la igualdad, la libertad de asociación, el acceso a la administración de justicia, el derecho a la información, el habeas data y el derecho al buen nombre, entre otros<sup>130</sup>. En conexidad con ese reconocimiento, las personas jurídicas tienen todas, sin excepción, los enunciados derechos y están cobijadas por las garantías constitucionales que aseguran su ejercicio, así como por los mecanismos de defensa que el orden jurídico consagra. De allí que son titulares no solamente de los derechos fundamentales en sí mismos sino de la acción de tutela para obtener su efectividad cuando les sean conculcados o estén amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular.

Es evidente que, cuando se protege la igualdad entre personas jurídicas, públicas o privadas – como las IPS-, finalmente se ampara la igualdad entre personas naturales, pues las personas jurídicas deben a aquéllos su subsistencia, aun en los casos en que son creadas por el Estado, ya que el objetivo y justificación de éste se encuentra necesariamente referido a la persona humana<sup>131</sup>. Así, la aplicación de forma estricta del principio de igualdad y seguridad jurídica, conllevaría al uso de un solo régimen de responsabilidad para valorar el contagio intrahospitalario de coronavirus, lo que resolvería además de los problemas de incertidumbre doctrinal, la grave imposición de condenas a IPS que eventualmente puedan ser valoradas a través del régimen objetivo, obligándoseles a pagar indemnizaciones y resarcimientos sin brindarles la oportunidad de demostrar su diligencia, además de asumir los gastos de defensa ante investigaciones administrativas por el contagio en comento y el impacto reputacional negativo que ostentaría la IPS condenada en un proceso judicial.

---

<sup>130</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Unificación SU 182-98 de seis de mayo de 1998

<sup>131</sup> Ibidem

## BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI Rodríguez, Arturo. De la responsabilidad civil extracontractual en el derecho civil chileno, pág. 92.
- ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE INFECTOLOGÍA, ACIN. Consenso colombiano de atención, diagnóstico y manejo de la infección por SARS-COV-2/COVID-19 en establecimientos de atención de la salud. (Consultado 11 de octubre de 2020). Recuperado de: <http://www.revistainfectio.org/index.php/infectio/article/view/851/946>.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Responsabilidad de las clínicas por la mala praxis de su cuerpo médico. p. 150-155. BUERES, Responsabilidad civil de los médicos. Tomo I. P. 386.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. “Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, mercantil y en el laboral” Editorial Civitas Ediciones s.l. Madrid 2000. p. 122.
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. (30 de abril de 2008) Sentencia [C.P. Martha Sofía Sanz Tobón]
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. (24 de marzo de 2011) Sentencia 1996-02181 [C.P. Enrique Gil Botero]
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo (9 de mayo de 2012) Sentencia 05001-23-24-000-1994-02530-01(22304) [C.P. Enrique Gil Botero]
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. (11 de junio de 2014) Sentencia 250002326000199802268 [C.P. Hernán Andrade Rincón].
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. (10 de septiembre de 2014) Sentencia 25000232600019951136901 (27771) [C.P. Dr. Hernán Andrade Rincón]
- CORTE CONSTITUCIONAL. (30 de enero de 2008) Sentencia C-064. [M.P. Clara Inés Vargas Hernández].
- CORTE CONSTITUCIONAL. (15 de junio de 2010) Sentencia C-1008 [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva].
- CORTE CONSTITUCIONAL, (02 de julio de 2014) Sentencia C-415. [M.P. Alberto Rojas Ríos].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. (15 de marzo de 1996) Sentencia 4637 [M.P. Carlos Estaban Jaramillo Schloss].
- CORTE SUPREMA JUSTICIA, Sala de Casación Civil. (6 de octubre de 1999) Sentencia 5224. [M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. (25 de octubre de 1999) Sentencia 50129. [M.P. José Fernando Ramírez Gómez].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. (2005). Sentencia del 18 de mayo del 2005, expediente número 14415. MP.: Jaime Arrubla Paucar. Bogotá: Colombia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. (18 de octubre de 2005), Sentencia 14491 [M.P. Pedro Octavio Munar Cadena].

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. (2009). Sentencia del 18 de 2009. Expediente 11001-3103-018-1999-00533-0. MP.: William Namén Vargas. Bogotá: Colombia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. (17 noviembre de 2011) Sentencia 1999-00533. [M.P. William Namén Vargas].

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. (14 de noviembre de 2014) Sentencia SC15746-2014 [M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez].

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. (30 de septiembre de 2016) Sentencia SC13925-2016 [M.P. Ariel Salazar Ramírez].

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. (24 de mayo de 2017) Sentencia SC7110-2017 [M.P. Luis Armando Tolosa Villabona].

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. (15 de noviembre de 2017) Sentencia SC18476-2017. [M.P. Álvaro Fernando García Restrepo].

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. (22 de febrero de 2018) Sentencia SC380-2018. [M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo].

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. (20 de junio de 2019) Sentencia 2202-2019. [M.P. Margarita Cabello Blanco].

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. (10 de marzo de 2020). Sentencia SC780-2020. [M.P. Ariel Salazar Ramírez].

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, (31 de agosto de 2020) Sentencia SC2769-2020. [M.P. Octavo Augusto Tejeiro Duque].

DÍAZ-CASTRILLÓN, Francisco Javier, TORO-MONTOYA Ana Isabel. SARS-CoV-2/COVID-19: el virus, la enfermedad y la pandemia. (Consultado el 11 de octubre de 2020). Recuperado de <http://docs.bvsalud.org/biblioref/2020/05/1096519/covid-19.pdf>.

ENCOLOMBIA. Crecimiento para satisfacer la demanda de servicios de salud. (Consultado el 30 de septiembre de 2020). Recuperado de: <https://encolombia.com/economia/economicolombiana/sector-salud/informe-sostenibilidad/crecimiento-demanda-servicios-salud>.

LARROUMET, Christian. Responsabilidad Civil Contractual. Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile, 2006. p. 9.

LEURO, Martínez Mauricio y OVIEDO, Irsa Tiana. Facturación & auditoría de cuentas en salud quinta edición, 2016.

LONDOÑO, Juan Luis y FRENK, Julio, Pluralismo Estructurado: Hacia un Modelo Innovador para la Reforma de los Sistemas de Salud en América Latina. p. 16. [Documento en línea] [citado

marzo 25 de 2009]. Recuperado de: <http://idbgroup.org/res/publications/pubfiles/pubWP-353.pdf>.

LÓPEZ Y LÓPEZ ÁNGEL M. Fundamentos de Derecho Civil. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 406.

LORENZETTI, Ricardo Luís “Responsabilidad Civil de los Médicos”, Ed. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 424 y 428.

MAZEAUD, Henri y LEÓN, Jean ¿Qué es la responsabilidad civil? Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 194. Tratado de Responsabilidad Civil, pág. 91.

MINISTERIO DE SALUD. Detectar, Prevenir y Reducir Infecciones Asociadas con la Atención En Salud. Paquetes Instruccionales. Guía Técnica “Buenas Prácticas Para La Seguridad Del Paciente En La Atención En Salud”. (Consultado el 10 de octubre de 2020). Recuperado de: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/CA/Detectar-Infecciones.pdf>.

ORDOQUI, Gustavo. Buena fe contractual, 2ª ed., Editorial Ibáñez, Bogotá, 2012, página 389.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (Pan American Health Organization PAHO). (Consultado el 30 de septiembre de 2020). Prevención y control de infecciones. Recuperado de: [https://www.paho.org/es/file/70647/download?token=5F\\_0RcTd](https://www.paho.org/es/file/70647/download?token=5F_0RcTd).

PRADA-RÍOS Sergio Iván, PÉREZ-CASTAÑO Ana Melissa, ANDRÉS FELIPE RIVERA-TRIVIÑO. Clasificación de instituciones prestadoras de servicios de salud según el sistema de cuentas de la salud de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico: el caso de Colombia. (Consultado el 30 de septiembre de 2020). Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/rgps/v16n32/1657-7027-rgps-16-32-00051.pdf>

RINESSI, Antonio Juan. “El deber de seguridad” Primera edición. Editorial Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2007. Pág. 18.

SOCIEDAD COLOMBIANA DE ANESTESIOLOGÍA Y REANIMACIÓN- SCARE ¿Está preparado el sistema de salud colombiano para enfrentar el COVID-19? (Consultado el 11 de octubre de 2020). Recuperado de <https://scare.org.co/noticias/esta-preparado-el-sistema-de-salud-colombiano-para-enfrentar-el-covid-19/>.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. “Tratado de responsabilidad civil” Tomo I. Editorial Legis. Segunda Edición. Bogotá, 2007. Pág. 94.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. 3ª reimpresión. Bogotá: Ed. Legis, marzo de 2008. p. 114.