

**UNIVERSIDAD CES
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLIN
2016**

**RESPONSABILIDAD OBJETIVA POR INFECCIONES ASOCIADAS A LA
ATENCION EN SALUD DESDE LA PERSPECTIVA DEL CONSEJO DE ESTADO.**

**TATIANA DUARTE CHAVARRÍA.¹
MATEO MURILLO URIBE-ECHEVERRÍA.²**

Artículo publicable como trabajo de grado para optar el título de Abogado.

ASESOR

Dr. León Mario Toro Cortés³

**UNIVERSIDAD CES
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLIN
2016**

¹ Estudiante Décimo Semestre, Derecho, Universidad CES.

² Estudiante Décimo Semestre, Derecho, Universidad CES.

³ Docente Pregrado Derecho, Universidad CES.

Nota de Aceptación

Firma del presidente de Jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Medellín, 04 de noviembre 2016

INDICE

1. RESUMEN

2. PALABRAS CLAVES

3. INTRODUCCIÓN

4. DESARROLLO

- 4.1. Generalidades.
- 4.2. Clases de Responsabilidad Civil.
 - 4.2.1 Responsabilidad Civil Contractual.
 - 4.2.2 Responsabilidad Civil Extracontractual.
 - 4.2.3 Responsabilidad Extracontractual del Estado.
 - 4.2.4 Responsabilidad Subjetiva.
 - 4.2.5 Responsabilidad Objetiva.
- 4.3. Perspectiva del Consejo de Estado frente a las IAAS.
- 4.4. Sentencias y Fallos determinantes frente a las IAAS.
- 4.5 Ponencia del Dr. Danilo Rojas “Simposio Internacional de Valoración del Daño”.
- 4.6 Discusión

5. CONCLUSIONES

6. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

1. Resumen

Las infecciones intrahospitalarias, más conocidas como IAAS, son un problema que no solo afecta a los pacientes, sino a los centros médicos que prestan los servicios de salud, razón por la cual genera discusiones entre los profesionales de la salud, los pacientes y los jueces y magistrados de las altas cortes al momento de emitir una decisión.

El presente artículo evidenció y definió las IAAS, observadas desde el punto de vista de la responsabilidad civil, en concreto frente a la responsabilidad del Estado, para lo cual desarrolló un importante análisis frente a los conceptos y clases fundamentales de la responsabilidad civil, asociándolo a la responsabilidad que tiene el Estado, visto desde el punto de vista de los estudiosos del tema y de la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado.

Posteriormente, se presentaron las sentencias y fallos relevantes en relación con las IAAS, pudiendo comparar y determinar las decisiones tomadas por el Consejo de Estado, desde el año 2013 (Sentencia, 2013) hasta el año 2015 (Sentencia, 2015).

Teniendo claros los conceptos generales y la jurisprudencia, procedimos a discutir, como criterio personal, dichas decisiones y aspectos relevantes al tema, con el fin de observar opiniones diferentes a las presentadas por los magistrados y por los estudiosos del tema.

El principal punto de discusión hizo alusión al riesgo inminente de contraer este tipo de infecciones, frente a las decisiones emitidas por el Consejo de Estado, toda vez que estas últimas afectan principalmente a las instituciones prestadoras del servicio aun cumpliendo con todos los estándares de asepsia y debido cuidado.

Finalmente, se presentaron como conclusiones que por más que se incremente la lucha para la erradicación de las infecciones asociadas a la atención en salud, no es posible llevarlas a un porcentaje del 0% (R, 2011) y que tan solo le basta al paciente probar que el daño o perjuicio se causó por medio de la infección y es al centro asistencial quien le corresponderá demostrar que la infección no se generó dentro de sus instalaciones.

2. Palabras clave.

Responsabilidad objetiva, IAAS, Infección intrahospitalaria o nosocomial. Riesgo excepcional.

3. Introducción.

El presente artículo se enfoca en demostrar la importancia de las Infecciones Asociadas a la Atención en Salud, más conocidas como las IAAS, observándolas desde el punto de vista jurisprudencial por parte del Consejo de Estado, y entendiendo de donde provienen dichas infecciones y qué consecuencias traen no solo para los pacientes sino para las entidades prestadoras del servicio de salud públicas.

Es importante definir y dejar claro los conceptos de responsabilidad civil visto desde los estudiosos del tema, con el fin de entender lo estipulado en los fallos emitidos por el Consejo de Estado.

Ahora bien, para lograr lo anteriormente dicho, fue necesario analizar las sentencias y fallos emitidos por el Consejo de Estado frente al tema, cuya evolución fue lenta y que solo hasta el 2013 (Sentencia, 2013) trajo decisiones y fallos fundamentales frente al tema en concreto. Y, por otra parte, dejar claro los conceptos relacionados con la materia que a lo largo del artículo serán definidos y explicados.

Posterior al entendimiento de las sentencias y a los conceptos trabajados en el presente artículo, se pretende traer al tema “La ponencia del Dr. Danilo Rojas – Presidente del Consejo de Estado – durante el I Simposio Internacional de Valoración del Daño.”⁴ (Rojas Betancourt, 2016)

Finalmente, y luego de revisar la jurisprudencia y tener claros los aspectos técnicos y jurídicos frente al tema, se pretende realizar una crítica desde el punto de vista personal a los fallos emitidos por el honorable Consejo de Estado, Con el fin de sacar conclusiones frente a las decisiones tomadas y frente al tema en general.

4. Desarrollo.

4.1 Generalidades.

Cuando hablamos de infecciones asociadas a la atención en salud (IAAS), hacemos referencia a la infección adquirida por el paciente la cual recibe al momento de realizarse un tratamiento frente a una condición ya sea médica o quirúrgica. (Office of Disease Prevention and Health Promotion, 2016)

Esto quiere decir que, al momento de ingreso, la bacteria no se encontraba presente, ni incubándose en el organismo del paciente, razón por la cual la bacteria es adquirida luego de ingresar al centro asistencial, independientemente de cual sea.

⁴ Simposio Internacional de Valoración del Daño, Auditorio - Universidad CES, 08 septiembre 2016

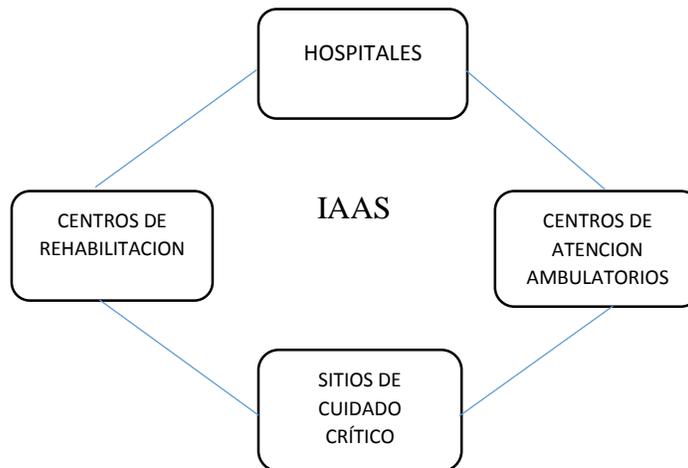


Figura 1. (R, 2011)

De igual manera, “las IAAS son causadas por una gran variedad de agentes infecciosos, incluyendo bacterias, hongos y virus, por lo que estas IAAS son consideradas como un evento adverso producto de una atención en salud que de manera no intencional produce algún daño al paciente, pudiéndose catalogar como prevenible o no prevenible.” (Social)

Ahora bien, es importante resaltar que las IAAS no podrán ser erradicadas en un 100%, razón por la cual este tipo de infecciones se pueden presentar en cualquier centro asistencial, como anteriormente se presentaba en la gráfica.

El problema de las IAAS se puede observar mediante dos posturas, en primer lugar, frente a la seguridad del paciente, toda vez que este tipo de infecciones son el primer evento adverso más frecuente del mundo, debido a su complejidad para erradicar, y, en segundo lugar, frente al problema de salud pública, y esto es debido a que el riesgo de adquirir IAAS es universal, siendo una de las principales causas de muerte en el mundo. (R, 2011)

4.2 Clases de Responsabilidad Civil.

Es importante tener clara la definición de responsabilidad civil, antes de presentar sus clases y diferencias, ahora bien, para el académico Arturo Alessandri Rodríguez⁵ “en derecho civil la expresión responsabilidad no se define por su fundamento que puede variar, sino por su resultado, es decir, por las consecuencias jurídicas que el hecho acarrea para el autor. En este sentido se dice que un individuo es responsable cuando está obligado a indemnizar el daño. En derecho civil hay responsabilidad cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o

⁵ Abogado, profesor y académico de Derecho Civil chileno.

daño sufrido por otra. Puede definírsela diciendo que es la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra” (Rodríguez, 1981)

Para entrar en el tema en concreto, a continuación, se evidencian y diferencian las clases de responsabilidad civil, y esto con el fin de determinar quién debe responder frente a las IAAS:

4.2.1 Responsabilidad Civil Contractual.

Para el académico Arturo Alessandri Rodríguez⁶ “La responsabilidad contractual supone una obligación anterior, se produce entre personas ligadas por un vínculo jurídico preexistente y cuya violación sirve de sanción. Es la que proviene de la violación de un contrato: consiste en la obligación de indemnizar al acreedor el perjuicio que le causa el incumplimiento del contrato o su cumplimiento tardío o imperfecto. Si todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, justo es que quien lo viole sufra las consecuencias de su acción y repare el daño que así cause.” (Rodríguez, 1981)

Ampliando el tema, el autor Colombiano Gilberto Martínez Rave⁷, afirma que este tipo de responsabilidad “Nace para una persona que ocasiona un daño por el incumplimiento, demora o desconocimiento de determinadas obligaciones, adquiridas a través de un contrato o convención” (Rave, 1988)

4.2.2 Responsabilidad Civil Extracontractual.

Este tipo de responsabilidad civil, tal y como su nombre lo menciona, sucede lo contrario que frente a la responsabilidad civil contractual, y esto debido a que entre la víctima y el autor del daño causado nunca existió una relación ni un vínculo jurídico previo, razón por la cual el autor es quien debe indemnizar el daño causado a la víctima toda vez que incurrió en un perjuicio que no provenía de un acuerdo previo de las partes.

Para el académico Arturo Alessandri Rodríguez⁸ la responsabilidad civil extracontractual es “La que proviene de un hecho ilícito intencional o no que ha inferido injuria o daño a la persona o propiedad de otro... No hay relación entre el autor del daño y la víctima y si la hay el daño se produjo al margen de ella... Supone la ausencia de obligación, se produce entre personas jurídicamente extrañas por lo menos en cuanto al hecho de que deriva y es ella la que crea la obligación de reparar el daño” (Rodríguez, 1981)

4.2.3 Responsabilidad Extracontractual del Estado.

⁶ Abogado, profesor y académico de Derecho Civil chileno.

⁷ Abogado de la Universidad de Medellín con Postgrados en las Universidades de Madrid y Roma. Miembro fundador del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado.

⁸ Abogado, profesor y académico de Derecho Civil chileno.

El concepto de responsabilidad extracontractual estatal surge jurisprudencialmente como parte de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del veintidós (22) de octubre de 1896 (Sentencia, 1896), en donde se reconoce una responsabilidad del Estado y la obligación de éste de reparar los daños producidos por sus agentes de acuerdo a las normas del Código Civil, pero hoy en día el régimen legal que se aplica es el de derecho administrativo a través de la Jurisdicción de lo contencioso administrativo, con excepción a los asuntos que versen sobre situaciones de derecho privado. (Universidad Nacional Abierta y a Distancia).

Dentro de los sistemas que aplica el Consejo de Estado frente a la responsabilidad estatal, se encuentran el de la “falla probada del servicio”, que hace alusión a “Aquella falta en la que por parte de la víctima se encuentra debidamente demostrada la falta, el daño y el nexo causal frente al caso concreto. Es decir, que el demandante deberá probar vehementemente la ocurrencia de la falla además de demostrar las circunstancias de tiempo, modo y lugar del entorno exacto en que ocurrieron los hechos que desembocaron que se diera la falla o falta en el servicio” (Universidad Nacional Abierta y a Distancia), y el de “la falla presunta del servicio”, la cual se trata de “Un régimen intermedio entre el sistema de la falla probada y los regímenes objetivos, en el cual se sigue aplicando el concepto de falla del servicio pero en cierto modo inverso, puesto que es la entidad demandada quien tiene la mayor carga probatoria. Esto es así como reacción al hecho de que en muchas situaciones se negó la indemnización de los perjuicios causados por el Estado debido a que en el sistema de la falla probada los requerimientos probatorios son muy exigentes y en algunos casos muy difíciles de cumplir generándose así una iniquidad, entonces como respuesta a tal injusticia el Consejo de Estado empieza a arraigar en la jurisprudencia la teoría de la falla presunta.” (Boada, 2000)

Es importante resaltar que dentro de esta modalidad de responsabilidad, existen unos regímenes objetivos que pretenden que el Estado comprometa su responsabilidad sin que realmente se medie el elemento subjetivo, es decir la culpa o la falla del servicio, ya sea presunta o probada. (Boada, 2000).

Una de las teorías aplicadas por el Consejo de Estado frente a estos regímenes objetivos, es la del “Riesgo Excepcional”, en la cual, por medio de la Sentencia del veinte (20) de febrero de 1989 (Sentencia, 1989) se estipula que:

“El Estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un ‘riesgo de naturaleza excepcional’ que, dada su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio” (Sentencia, 1989)

4.2.4 Responsabilidad Subjetiva.

Esta teoría parte de que la base de la responsabilidad civil se encuentra en la conducta de quien realiza el daño, es decir que ese acto debe provenir de una conducta dolosa o culposa por parte del autor.

Para que exista este tipo de responsabilidad deben existir:

- Daño.
- Dolo o culpa del autor.
- Relación de causalidad entre el daño y el actuar doloso o culposo del autor.

Para los hermanos Henri⁹, León¹⁰ y Jean¹¹ Mazeaud “la culpa debe ser mantenida como requisito y fundamento de la responsabilidad civil. Tal es el principio: no hay responsabilidad civil sin una culpa.” (Henri Mazeaud, 1959-1965)

4.2.5 Responsabilidad Objetiva.

Esta teoría también llamada teoría “teoría del riesgo”, se apoya en que la base de la responsabilidad se encuentra en el hecho que origino el daño, independientemente si existió o no una motivación por parte del autor para realizarlo.

El autor Alessandri¹² menciona en su obra que “La responsabilidad objetiva 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. Es el hecho perjudicial, el hecho liso y llano y no el hecho culpable o doloso el que genera la responsabilidad” (Rodríguez, 1981).

El fin principal de dicha teoría, surge de la necesidad de indemnizar a las víctimas las cuales sufrieron daños o perjuicios causados por un tercero, sin importar el actuar del autor, y únicamente valorando el daño causado y la relación efectiva de causalidad entre el daño y la acción u omisión de quien lo generó.

4.3 Perspectiva del Consejo de Estado frente a las IAAS.

El interrogante que surge inicialmente hace referencia a quien debe responder frente a los perjuicios y daños causados por las IAAS, toda vez que como anteriormente se explicaba,

⁹ Jurista Francés.

¹⁰ Jurista Francés.

¹¹ Jurista Francés.

¹² Abogado, profesor y académico de Derecho Civil chileno.

son infecciones que surgen sin importar si existe un nivel óptimo de asepsia, higiene y de cuidado por parte de los centros médicos.

Esta incertidumbre generó revuelos de todo tipo, toda vez que los jueces se confrontaban en sus decisiones.

Ahora bien, el Consejo de Estado inicialmente actuó mencionando “que no es posible que el daño causado sea atribuible a título de una falla del servicio pues no se demuestra un nexo causal con algún desconocimiento de los deberes de la entidad en materia de higiene y limpieza para la prevención de infecciones. Así, una actividad médica que se despliega en condiciones normales o adecuadas, respetando las reglas de higiene intrahospitalaria, puede dar lugar a un daño en los pacientes. Al respecto, la corporación excluyó analizar este fenómeno desde el campo de los eventos adversos los cuales son asociados al incumplimiento de una obligación de seguridad y vigilancia, sino que deben ser estudiados desde un régimen objetivo de responsabilidad. Tampoco, para la Sala, puede analizarse el fenómeno como una manifestación de la doctrina de los “riesgos de desarrollo” pues este concepto se refiere específicamente a aquellos eventos que son imprevisibles, lo cual es ajeno a las infecciones intrahospitalarias” (Cortes, 2016).

En este orden de ideas, y observando que existen actividades donde el riesgo es inminente pese al mayor cuidado, la Sección Tercera del Consejo de Estado profirió la sentencia del veintinueve (29) de agosto de dos mil trece (2013). (Sentencia, 2013), en la cual se le otorga a las IAAS el riesgo ALEA, y esto debido a que la Sala consideró que este tipo de riesgo es el más apropiado para imputar jurídicamente responsabilidad a la administración por los daños derivados de infecciones intrahospitalarias, teniendo en cuenta que esta categoría de riesgo toma en consideración la probabilidad de que *“cierto tipo de actividades o procedimientos, pueden dar lugar, quizás con la ineludible mediación del azar o de otro tipo de factores imprevisibles, a la producción de daños sin que medie asomo alguno de culpa”* (Sentencia, 2013).

A partir de ese momento el Consejo de Estado no aplica el principio de falla en el servicio, creando un nuevo esquema de responsabilidad, anteriormente explicado, y con este cambio le basta al paciente probar que el daño se causó por medio de la infección y al centro asistencial le competará demostrar que la infección no se generó en sus instalaciones.

Posterior a este cambio, el Consejo de Estado mediante sentencia del treinta (30) de abril de 2014 (Sentencia, 2014), ordena una medida de carácter legislativa frente a la fórmula de objetivación de la responsabilidad de las instituciones públicas u oficiales prestadoras del servicio en cuestión.

En palabras textuales:

“CUARTO: Exhórtese al Ministerio de Salud y la Protección Social para que presente al Congreso de la República un proyecto de ley estableciendo un sistema de asunción solidaria del riesgo por infecciones nosocomiales u otro tipo de padecimientos iatrogénicos sobre los

que se pueda predicar la responsabilidad sin mediación de culpa, para lo cual debe estudiarse la posibilidad de creación de un fondo estatal especial o seguro contra esta clase de riesgo.

QUINTO: Exhórtese a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado para que en desarrollo de lo normado en la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo haga uso de la figura de la iniciativa legislativa contemplada en el art. 112 de la ley con el fin de que se regule la materia o acompañe al Ministerio de Salud en el respectivo proyecto” (Sentencia, 2014)

La sentencia anteriormente citada fue reiterada mediante la sentencia del veintinueve (29) de septiembre de 2015 (Sentencia, 2015) (Sentencia, 2014), en la cual se ordena instaurar un sistema mediante el cual le permita distribuir el riesgo derivado de la atención hospitalaria teniendo en cuenta los modelos especificados en dicho fallo.

Textualmente:

“Sexto. - EXHORTAR al Ministerio de Salud y la Protección Social para que presente al Congreso de la República un proyecto de ley estableciendo un sistema de asunción solidaria del riesgo por infecciones nosocomiales u otro tipo de padecimientos iatrogénicos sobre los que se pueda predicar la responsabilidad sin mediación de culpa, para lo cual debe estudiarse la posibilidad de creación de un fondo estatal especial o seguro contra esta clase de riesgo.

Séptimo. - REMITIR copia de esta decisión a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado para, que en desarrollo de lo normado en la Ley 1437 de 2011, considere el caso con el fin de hacer uso de la figura de la iniciativa legislativa contemplada en el art. 112 de la ley, en los términos de decisiones en igual sentido proferidas por la subsección.” (Sentencia, 2015)

4.4 Sentencias y Fallos determinantes frente a las IAAS

En aras de complementar la información citada y explicada en el anterior punto, nos permitimos presentar un histórico de fallos que nosotros consideramos determinantes emitidos por el honorable Consejo de Estado:

4.4.1 Sentencia 25000 2326 000 2001 01343 01

- **Magistrado ponente:** Danilo Rojas Betancourth¹³
- **Fecha:** veintinueve (29) de agosto de dos mil trece (2013)

¹³ Magistrado colombiano, Consejo de Estado.

- **Síntesis del caso:** “El niño Carlos Alberto Rojas Pérez estuvo internado en la clínica Jorge Bejarano del Instituto de Seguros Sociales con diagnóstico de bronconeumonía, desde el 18 hasta el 23 de junio de 1999. El 6 de julio siguiente, el menor tuvo que ser hospitalizado de nuevo debido a que presentaba otitis media aguda, bronconeumonía, síndrome broncoobstructivo y enfermedad diarreica aguda causada por una bacteria de carácter intrahospitalario. Pese a que el paciente recibió tratamiento médico, su estado de salud no mejoró; por el contrario, continuó deteriorándose al punto que el 23 de julio de 1999 debió ser internado en la unidad de cuidados intensivos, donde permaneció hasta el 15 de agosto siguiente, fecha en la cual se ordenó su traslado a piso. En los días posteriores, el niño fue sometido a un conjunto de exámenes que dictaminaron que presentaba una enfermedad motriz-cerebral como consecuencia de una meningitis infecciosa”. (Sentencia, 2013)
- **Consideraciones:** “De las cuatro modalidades de riesgo aceptadas por la jurisprudencia de esta Corporación (riesgo-peligro, riesgo-beneficio, riesgo-conflicto y riesgo-álea) la Sala considera que ésta última es la más apropiada para imputar jurídicamente responsabilidad a la administración por los daños derivados de infecciones intrahospitalarias, teniendo en cuenta que esta categoría de riesgo toma en consideración la probabilidad de que *“cierto tipo de actividades o procedimientos, pueden dar lugar, quizás con la ineludible mediación del azar o de otro tipo de factores imprevisibles, a la producción de daños sin que medie asomo alguno de culpa”*” (Sentencia, 2013)
- **Fallo:** “Declarar la responsabilidad administrativa del Instituto de Seguros Sociales por los perjuicios causados al niño Carlos Alberto Rojas Pérez como consecuencia de la meningitis bacteriana que adquirió y desarrolló mientras estuvo internado en la clínica Jorge Bejarano de esa entidad.
Remitir, por conducto de la Secretaría de esta Sección, copia de esta sentencia al Ministerio de Salud como fórmula para incentivar el diseño e implementación de nuevos y mejores programas e iniciativas para detectar, prevenir y reducir los riesgos de enfermedades asociadas a la prestación de los servicios de salud.” (Sentencia, 2013).

4.4.2 Sentencia 25000 2326 000 2001 01960 01

- **Magistrado Ponente:** Danilo Rojas Betancourth¹⁴
- **Fecha:** treinta (30) de abril de dos mil catorce (2014)
- **Síntesis del caso:** “El 13 de marzo de 2001, al señor Jesús Antonio Cortés Cortés se le practicó una cirugía de extracción de catarata en el Hospital Militar Central de Bogotá. Durante el postoperatorio inmediato mostró síntomas de infección y, luego de varios exámenes se le diagnosticó endoftalmitis, ocasionada por el contagio con una bacteria. Como consecuencia de ésta infección, el actor perdió el ojo izquierdo” (Sentencia, 2014)

¹⁴ Magistrado colombiano, Consejo de Estado.

- **Consideraciones:** “tratándose específicamente de la responsabilidad por infecciones nosocomiales, existe en el derecho comparado una clara tendencia orientada hacia la objetivación de la responsabilidad de los establecimientos de salud, en virtud de la cual al paciente le basta con demostrar que el daño que padece es consecuencia de una enfermedad adquirida durante su permanencia en el centro hospitalario”. (Sentencia, 2014)
- **Fallo:** “Declárese administrativamente responsable al Hospital Militar Central, por los hechos aquí demostrados y conforme a las consideraciones expuestas en esta sentencia.
Exhórtese al Ministerio de Salud y la Protección Social para que presente al Congreso de la República un proyecto de ley estableciendo un sistema de asunción solidaria del riesgo por infecciones nosocomiales u otro tipo de padecimientos iatrogénicos sobre los que se pueda predicar la responsabilidad sin mediación de culpa, para lo cual debe estudiarse la posibilidad de creación de un fondo estatal especial o seguro contra esta clase de riesgo. Exhórtese a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado para que en desarrollo de lo normado en la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo haga uso de la figura de la iniciativa legislativa contemplada en el art. 112 de la ley con el fin de que se regule la materia o acompañe al Ministerio de Salud en el respectivo proyecto”. (Sentencia, 2014)

4.4.3 Sentencia 25000 2326 000 1995 00964 01

- **Consejera ponente:** Stella Conto Díaz Del Castillo¹⁵
- **Fecha:** Veintinueve (29) de septiembre de dos mil quince (2015)
- **Síntesis del caso:** “el señor Enrique Arias Giraldo ingresó al Hospital Militar Central para ser sometido a una neurocirugía. Luego de la misma el señor Arias Giraldo presentó edema pulmonar neurogénico, síndrome de dificultad respiratoria del adulto y, finalmente, una neumonía nosocomial, producida por la falta de asepsia hospitalaria, que los médicos tratantes no detectaron a tiempo, ni trataron oportunamente, a consecuencia de lo cual el paciente falleció”. (Sentencia, 2015)
- **Consideraciones:** La sala concluye que: “a) Las infecciones nosocomiales constituyen eventos adversos inherentes al funcionamiento del sistema actual de salud, cuya ocurrencia puede ser reducida significativamente mediante la implementación de estrategias preventivas pero no puede ser totalmente eliminada, al menos en las actuales condiciones científicas. b) Las probabilidades de contraer una enfermedad nosocomial aumentan proporcionalmente a la vulnerabilidad biológica del paciente. Se ha de tener, en cuenta, sin embargo, que, aun cuando hay sujetos que están mayormente expuestos al riesgo de la enfermedad nosocomial, nadie está del todo excluido del mismo, a no ser de que renuncie por completo a todo

¹⁵ Magistrada colombiana, Consejo de Estado.

contacto con el actual sistema de salud. c) Los ambientes hospitalarios (así como otros escenarios de la atención de salud en el actual sistema, tales como consultorios) son focos que incrementan la posibilidad de contagio, incluso en circunstancias de adecuada asepsia. d) Que el uso de medicamentos antimicrobianos, sin los cuales sería inconcebible el funcionamiento del sistema de salud, disminuye las probabilidades de éxito en el tratamiento de las infecciones asociadas a la atención en salud”. (Sentencia, 2015)

- **Fallo:** “Declarar patrimonialmente responsable al Hospital Militar Central por los daños y perjuicios derivados de la muerte del señor Enrique Arias Giraldo. Exhortar al Ministerio de Salud y la Protección Social para que presente al Congreso de la República un proyecto de ley estableciendo un sistema de asunción solidaria del riesgo por infecciones nosocomiales u otro tipo de padecimientos iatrogénicos sobre los que se pueda predicar la responsabilidad sin mediación de culpa, para lo cual debe estudiarse la posibilidad de creación de un fondo estatal especial o seguro contra esta clase de riesgo”. (Sentencia, 2015)

4.5 Ponencia del Dr. Danilo Rojas¹⁶ “Simposio Internacional de Valoración del Daño”. (Rojas Betancourt, 2016)

En aras de obtener mayor contexto de las decisiones y fallos relevante del Consejo de Estado, pretendemos citar algunos aspectos relevantes de la ponencia del Presidente del Consejo de Estado, manifestados durante el “I Simposio Internacional de Valoración del Daño.” (Rojas Betancourt, 2016), realizado en el mes de septiembre del presente año.¹⁷

Ahora bien, el doctor Rojas presenta como objetivo inicial en su charla la de mostrar cuáles son las razones para fallar como jueces frente a este tipo de casos (IAAS) y las razones que han sido determinantes para sustentar el motivo que lleva al juez a fallar en contra de las IPS¹⁸ públicas mediante factores que se traen a colación en el tema concreto como pueden ser las complejidades del riesgo excepcional, las razones para absolver a la clínica conforme a sus protocolos, el drama de las víctimas de las infecciones intrahospitalarias, entre otros.

Estas razones llevaron a que, en Colombia, el Consejo de Estado evidenciara la necesidad de crear un precedente que sirviera de modelo de justicia contencioso administrativa para fallar en pro o en contra.

Frente a la responsabilidad objetiva es sumamente difícil atribuir al sector salud y al ejercicio del profesional médico que presta atención a sus pacientes una responsabilidad que se deriva realmente y conforme a estudios científicos y sanitarios, del espacio bacteriano en el que se desarrolla el ser humano en todos los aspectos.

¹⁶ Magistrado colombiano, Consejo de Estado.

¹⁷ Simposio Internacional de Valoración del Daño, Auditorio - Universidad CES, 08 septiembre 2016

¹⁸ Instituciones Prestadoras de Servicios.

Lo anterior concluye que, atribuirle a la IPS el daño causado por infecciones intrahospitalarias, desconoce desde todo punto de vista la vital importancia que tienen los protocolos de salud y demás normas que regulan el ejercicio médico, pero como nos encontramos dentro de un Estado paternalista desde la constitución y reparador por esencia, desconocemos el drama que trae cada caso desde la parte débil que representa un paciente si aunque se prestara el servicio médico con toda la diligencia y los protocolos de sanidad se encontraran al día, fue en el espacio hospitalario que se causó el perjuicio irremediable. (Rojas Betancourt, 2016)

Finalmente, el doctor Rojas concluye en que inicialmente, la carga de la prueba se derivaba del personal médico para demostrar que se hicieron los procedimientos conforme a los protocolos. Hoy en día, la tarea frente a la actividad probatoria del accionado, es demostrar que el paciente ingresó al centro hospitalario con la bacteria que generó el daño en su salud. (Rojas Betancourt, 2016)

4.6 Discusión

Frente al tema en concreto , y para dar a conocer nuestro concepto jurídico frente al tema, consideramos que es necesario establecer que las infecciones intrahospitalarias son un problema que no solo cobija a las entidades prestadoras de este tipo de servicio, sino a todo el mundo, y esto lo mencionamos toda vez que se trata de un problema de salud pública en el país y en el mundo, esto debido a que es de altísima frecuencia, un altísimo costo y con resultados catastróficos para las personas y las entidades prestadoras del servicio.

Ahora bien, se observa que las IAAS son un riesgo inminente para la atención en salud, lo cual genera una enorme probabilidad de infección que adquiere el paciente al momento de ingresar al centro asistencial, y esto se determina ya que en cualquier momento la persona puede adquirir una infección, ya sea antes, durante o después del manejo clínico a realizarse, independientemente de la labor realizada por los médicos y/o enfermeros, por lo cual ponemos en cuestionamiento si realmente las entidades prestadoras del servicio tienen la obligación de reparar un daño que no ha sido ocasionado por los mismos, sino por el contrario velan por cumplir protocolos y prestar una debida atención del servicio médico.

Es importante citar lo mencionado por el Consejo de Estado que dice:

“Si bien las infecciones hospitalarias pueden ser irresistibles, no son imprevisibles, pues constituyen un riesgo conocido por la ciencia médica, que las hace prevenibles y controlables.” (Sentencia, 2013)

Esto significa que los centros asistenciales tienen que responder frente a las infecciones adquiridas durante la permanencia en estos, por decirlo de alguna forma, reaccionando como la parte garante por tener la obligación de velar por la calidad de vida y salud de sus pacientes.

Ahora bien, muchas entidades rechazaron el fallo en el cual se le otorga la responsabilidad a los diferentes centros asistenciales, mencionando que las infecciones asociadas al cuidado de

la salud no son del todo prevenibles, y aunque se pueden reducir por medio de planes y protocolos, no se pueden eliminar en un 100%, razón por la cual condenar a los centros asistenciales por la totalidad de la responsabilidad podría ser una forma efectiva de reducir la disponibilidad de los centros asistenciales a prestar una atención integral por temor a generar un daño que se sale de sus manos.

Con las diferentes consideraciones que ha tenido el Consejo de Estado frente a cada caso concreto y en aras de que todas y cada una de ellas apuntan al mismo resultado, mal haría la jurisprudencia en tildar a la medicina como una actividad peligrosa, a pesar de ser una actividad de riesgo; no obstante, se consideró, que dentro del ejercicio de la profesión médica, viven varios contextos en los que resulta viable manifestar la existencia de un régimen objetivo de responsabilidad aun sabiendo que esto implica en el tema concreto, sobrecargar el sistema de salud pública y la prestación misma de los servicios que de alguna manera muestran temor por la posible ocurrencia en dicho régimen.

A pesar de reconocer el derecho que tienen las víctimas de infecciones asociadas a la atención en salud, consideramos fundamental la necesidad de contemplar cargas equilibradas que no desconcentren ni desvíen por la falta de equidad, los servicios públicos que además se contemplan como derechos fundamentales. Necesariamente el sector salud se ve en la obligación de adquirir pólizas de responsabilidad temiendo que el daño que pueda generarse y que representa un riesgo inminente, se materialice, dejando como consecuencia, la obligación de reparación.

Finalmente, consideramos que el tema de responsabilidad objetiva, se ha convertido en un comodín para muchos profesionales del derecho cuyo único fin es el de conseguir para sus representados la debida reparación, sabiendo que el Consejo de Estado es la autoridad competente con respecto a los temas que incluyen la comparecencia del sector público y no privado, a menos que, como se presenta actualmente, la entidad privada que persiga la reparación por una infección intrahospitalaria (IAAS), presente una acción en la que incluya un organismo estatal de control y vigilancia bajo cualquier precepto con el único fin de poder adherir ese proceso a la vía de lo contencioso administrativo y así se excluya la posibilidad de probar el elemento culpa, y este fenómeno se conoce como fuero de atracción, que es una “figura la cual permite que la jurisdicción de lo contencioso administrativo asuma el juzgamiento de una entidad que normalmente debe ser juzgada por la justicia ordinaria, siempre que sea demandada ante el contencioso administrativo junto con otra entidad cuyo juzgamiento sí corresponda a ésta jurisdicción” (Auto , 2006).

5. Conclusiones

Luego de entender las generalidades de las IAAS, pasando por los conceptos básicos de la Responsabilidad , sus clases , las perspectivas no solo de los académicos sino del Consejo de Estado, y finalmente revisando las sentencias y fallos relevantes del tema, encontramos en este artículo que por más que se incremente la lucha para la erradicación de las infecciones asociadas a la atención en salud, no es posible llevarlas a un porcentaje del 0% (R, 2011)

pero se persiguen metas de control intrahospitalario dado a que son éstas consideradas uno de los retos más significativos en cuanto a la seguridad del paciente en el marco de lo que puede prevenirse en la atención médica y la responsabilidad atribuida a las instituciones toda vez que son éstas las encargadas de prevenir y controlar las infecciones asociadas a la atención en salud.

Dentro del marco jurisprudencial de la obligación de reparar que tiene hoy el Consejo de Estado, se encuentra la de adoptar conceptos jurídicos como la falla presunta y la falla probada del servicio, y frente al tema concreto, se genera la aplicación de una responsabilidad objetiva si se menciona que una institución de salud aun cumpliendo con las responsabilidades y protocolos establecidos, debe resarcir el daño generado de la atención médica que se derive de infecciones intrahospitalarias puesto que el afectado resulta dentro del proceso como la parte más débil.

Por otra parte, el Consejo de Estado obliga a las instituciones públicas prestadoras del servicio de salud, a asegurarse frente al riesgo inminente que generan dichas infecciones, razón por la cual sería necesario crear o implementar un sistema en el cual se puedan indemnizar las víctimas de las IAAS, y que no afecten directamente a los centros médicos que prestaron el servicio de manera correcta y con el mayor grado de asepsia posible.

Finalmente, observamos que tan solo le basta al paciente probar que el daño o perjuicio se causó por medio de la infección y es al centro asistencial quien le corresponderá demostrar que la infección no se generó dentro de sus instalaciones.

6. Referencias

- Auto , 28298 (Consejo de Estado 2006).
- Betancourt, D. R. (2016). Conferencia Infecciones Asociadas a la Atención en Salud. *Infecciones Asociadas a la Atención en Salud*. Medellín.
- Boada, C. I. (2000). El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del estado colombiano. *El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del estado colombiano*. Santafé de Bogotá, D.C.
- Cortes, F. T. (2016). El sistema de asunción solidaria del riesgo de infecciones intrahospitalarias: elementos mínimos de integración en el sistema jurídico colombiano. *Ibero-Latinoam.Seguros*, 209-230.
- Henri Mazeaud, L. M. (1959-1965). *Lecciones de Derecho Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Office of Disease Prevention and Health Promotion. (03 de 11 de 2016). *Office of Disease Prevention and Health Promotion*. Obtenido de <https://health.gov/hcq/prevent-hai.asp>
- R, A. P. (2011). *Instituto Nacional de Salud*. Obtenido de <http://www.ins.gov.co/Noticias/Memorias%20Reunin%20Nacional%20de%20Vigilancia%20y%20Control%20e/2-2-IAAS.pdf>
- Rave, G. M. (1988). *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*. Medellín: Biblioteca Jurídica Díké.
- Rodríguez, A. A. (1981). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*. Santiago de Chile: imprenta universal.
- Sentencia (Corte Suprema de Justicia 22 de Octubre de 1896).
- Sentencia, 4655 (Consejo de Estado, Sección Tercera 20 de Febrero de 1989).
- Sentencia, 25000 2326 000 2001 01343 01 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 29 de 08 de 2013).
- Sentencia, 250002326000200101960 01 (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, sección tercera, subsección "B" 30 de abril de 2014).
- Sentencia, 25000-23-26-000-1995-00964-01(21774) (Consejo de Estado, Sección Tercera 29 de septiembre de 2015).
- Social, M. d. (s.f.). *Ministerio de Salud*. Obtenido de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/CA/Detectar-Infecciones.pdf>

Universidad Nacional Abierta y a Distancia. (s.f.). *Modulo Gestión Pública y Derecho Administrativo*. Obtenido de Universidad Nacional Abierta y a Distancia:
http://datateca.unad.edu.co/contenidos/109133/eXe_109133/Modulo/MODULO_EXE/leccion_3_falla_en_el_servicio_por_parte_de_la_administracion.html

Universidad Nacional Abierta y a Distancia. (s.f.). *Modulo Gestión Pública y Derecho Administrativo*. Obtenido de Universidad Nacional Abierta y a Distancia-UNAD:
http://datateca.unad.edu.co/contenidos/109133/eXe_109133/Modulo/MODULO_EXE/leccion_1_la_responsabilidad_del_estado_y_regimenes_de_responsabilidades.html