

**LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ENFERMEDADES
INTRAHOSPITALARIAS: ACIERTOS Y DESACIERTOS DE LA
JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO AL APLICAR UN RÉGIMEN
OBJETIVO DE RESPONSABILIDAD BASADO EN EL RIESGO EXCEPCIONAL**

**VALERIA CANAL PEREA
DANIELA LÓPEZ ECHEVERRY**

**UNIDAD CENTRAL DEL VALLE DEL CAUCA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y HUMANÍSTICAS
PROGRAMA DE DERECHO
TULUÁ, VALLE DEL CAUCA
2019**

**LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ENFERMEDADES
INTRAHOSPITALARIAS: ACIERTOS Y DESACIERTOS DE LA
JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO AL APLICAR UN RÉGIMEN
OBJETIVO DE RESPONSABILIDAD BASADO EN EL RIESGO EXCEPCIONAL**

**VALERIA CANAL PEREA
DANIELA LÓPEZ ECHEVERRY**

MONOGRAFÍA DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADAS

Dra. ELBA MILENA PADILLA CARDONA

**UNIDAD CENTRAL DEL VALLE DEL CAUCA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y HUMANÍSTICAS
PROGRAMA DE DERECHO
TULUÁ, VALLE DEL CAUCA
2019**

NOTA DE ACEPTACIÓN

FIRMA DEL JURADO

FIRMA DEL JURADO

FIRMA DEL JURADO

Tuluá Valle del Cauca. Agosto 23 de 2019.

DEDICATORIA.

Principalmente dedicamos este trabajo a Dios, por habernos permitido tener vida, salud, inteligencia y conocimiento para realizar esta hermosa etapa académica en nuestras vidas, a nuestras familias, porque día a día nos han apoyado constantemente con nuestro crecimiento académico y en nuestro desarrollo tanto personal como profesional, a nuestros docentes ya que, han dado todo de sí para formarnos como profesionales competentes y de calidad, y finalmente agradecemos a nuestros amigos y conocidos porque nos han motivado a seguir adelante con nuestras vidas universitarias con sus palabras motivadoras.

AGRADECIMIENTOS.

En primer lugar quiero darle gracias a Dios, por darme vida, salud, inteligencia, sabiduría y conocimiento para salir adelante en mi vida universitaria, porque sin Él no hubiera podido llegar hasta donde hoy he llegado.

Agradezco a mi madre que es el motor de mí día a día, porque sin ella nada de esto hubiera sido posible, porque siempre he tenido su apoyo constante y sus lindas palabras motivadoras me han impulsado a seguir cuando he querido desfallecer.

También agradezco a mi hermanita Valentina, por siempre motivarme a luchar por mis sueños, y por ayudarme a estudiar en muchos momentos.

Le agradezco también a mi compañera Valeria Canal con la que compartí durante toda mi carrera y que ha sido un apoyo fundamental en este proceso.

Finalmente agradezco a mi directora la doctora Elba Milena Padilla por todo el tiempo, dedicación y asesoramiento con amor que nos brindó durante el desarrollo de este trabajo de grado.

Por Daniela López Echeverry.

AGRADECIMIENTOS.

Agradezco a Luis Enrique Ruiz Millán, quien ha sido como un padre para mí, por su cariño, por su preocupación, por ser uno de los principales promotores para alcanzar mis sueños, gracias por confiar y creer en mis expectativas y capacidades, por haberme proporcionado la mejor educación y lección de vida.

Agradezco a Sandra Milena Perea Bermúdez, mi madre que con su crianza me inspiró a ser una persona fuerte, constante y creyente de mis capacidades, quien a su vez con su amor y sus palabras de aliento no me dejaba decaer para que siguiera adelante y perseverara por cumplir mis ideales.

Agradezco a Luz Marina Bermúdez, mi abuela y segunda madre, quien desde muy pequeña me enseñó que la educación es imprescindible en la vida, gracias por su crianza, por desear y anhelar lo mejor para mí, gracias por cada consejo y palabras que me han guiado durante lo que llevo de vida.

A Luis Perea Santacruz, mi novio, gracias por estar dispuesto en cada larga y agotadora noche de estudio, en las que su compañía y colaboración fueron indispensables para mí, gracias por haber sido mi apoyo, mi consejero y palabra de aliento en este proceso, motivándome a confiar en mí y en mis capacidades.

Agradezco a Dios, por permitirme llegar hasta aquí, por las bendiciones que derrama sobre mí y por todas las metas que me ha permitido cumplir.

Agradezco a mis compañeras de clase y amigas Alejandra Parra y Daniela López, quienes han sido un gran apoyo y con quienes he compartido grandes momentos.

Gracias a mi familia y amigos, por el apoyo incondicional que siempre me han brindado.

Finalmente debo agradecer de forma muy especial y de todo corazón a la doctora Elba Milena Padilla, por haber aceptado ser nuestra directora de monografía, por el apoyo, confianza y amor que nos ha brindado en el transcurso de la misma.

Por Valeria Canal Perea.

Tabla de Contenido

INTRODUCCIÓN.....	9
1. Título.....	14
2. Problema.....	14
2.1. Planteamiento del problema.....	14
2.2. Formulación del problema y/o pregunta de investigación.....	16
3. Justificación.....	16
4. Objetivos.....	17
4.1. Objetivo general.....	17
4.2. Objetivos específicos.....	17
5. Marco referencial.....	17
5.1. Marco histórico.....	17
5.2. Marco teórico.....	31
5.3. Marco conceptual.....	43
5.4. Marco legal.....	47
5.5. Marco contextual.....	49
6. Diseño metodológico.....	50
6.1. Metodología.....	50
6.2. Tipo de investigación y tipo de estudio.....	51
6.3. Fuentes de información.....	51
6.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	52
7. Propuesta capitular.....	52
8. Recursos disponibles.....	53
9. Cronograma.....	53
CAPÍTULO I: PANORAMA GENERAL DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO.....	55

<i>CAPÍTULO II: JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ENFERMEDADES INTRAHOSPITALARIAS.....</i>	<i>73</i>
<i>CAPÍTULO III: TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA TEORÍA DEL RIESGO EXCEPCIONAL</i>	<i>88</i>
<i>CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE 29 DE AGOSTO DE 2013 A TRAVÉS DE LA CUAL EL CONSEJO DE ESTADO APLICA DE FORMA INTEGRAL LA TEORÍA DEL RIESGO EXCEPCIONAL A LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ENFERMEDADES INTRAHOSPITALARIAS.....</i>	<i>100</i>
<i>4.1. Síntesis de lo ocurrido.....</i>	<i>100</i>
<i>4.2. Actuación procesal.....</i>	<i>101</i>
<i>4.3. Consideraciones del Consejo de Estado.....</i>	<i>104</i>
<i>4.3.1. El problema jurídico.....</i>	<i>106</i>
<i>4.3.2. Análisis jurídico de la Sala.....</i>	<i>107</i>
<i>4.4. Reacciones doctrinales frente al fallo.....</i>	<i>130</i>
<i>4.5. Actualidad jurisprudencial frente a la responsabilidad patrimonial del Estado por infecciones nosocomiales después del fallo de 29 de agosto de 2013.....</i>	<i>142</i>
<i>CONCLUSIONES.....</i>	<i>146</i>
<i>BIBLIOGRAFÍA.....</i>	<i>149</i>

INTRODUCCIÓN.

La responsabilidad patrimonial del Estado es un tema de estudio extenso, contradictorio y complejo. Por ende, un trabajo de monografía sería demasiado amplio a nivel metodológico si se ocupara de todos los regímenes de responsabilidad que en este momento asume el Estado colombiano, máxime cuando a nivel interno se ha tenido que echar mano de figuras jurídicas que puedan moderar un poco las recurrentes formas de no prestar el servicio público en diversos campos, principal evento generador de daño antijurídico.

Si el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia hoy está tan desarrollado—sin desmeritar el trabajo de juristas y académicos que se han esforzado por traer al país teorías exitosas legislaciones de otros países—es porque la Administración ha dado pie para que se juzguen sus actuaciones en diversos escenarios, sin perjuicio de la enorme acogida que ha tenido la teoría del daño, la cual, si bien ha contribuido a enriquecer el debate en términos de responsabilidad objetiva, a veces se desborda creando un escenario confuso que pone en tela de juicio—de manera previa—cualquier manifestación del servicio público.

Por ese motivo, los autores se han decantado por uno de los tantos aspectos sobre los cuales el Estado debe hoy en día responder: la actividad médica. Aun así, el tema sigue siendo atropellador, porque es tan grande el campo de la medicina, y prácticamente inevitable el avance científico de esta rama del conocimiento, que los eventos por los cuales se podría predicar una eventual responsabilidad del médico y de la institución prestadora de salud, son variados.

Se trata de un tema que no ha dejado de crear polémica académica y judicial, porque existen posturas que van desde la completa irresponsabilidad del médico, es decir, conciben al profesional de la salud como un ser superior que cumple una “labor heroica” en la sociedad, y en ese sentido, cualquier error o culpa que cometa en su ejercicio es completamente justificable porque se configura tratando

de salvar una vida o de mejorar la calidad de la misma; hasta aquellos que, como se evidenciará en este trabajo, afirman que el ejercicio médico es riesgoso por si mismo, razón por la que no se compadece con una moderna teoría del daño dejar a las víctimas sin la correspondiente indemnización cuando padezcan un daño en el ámbito médico, no obstante en la producción del mismo, no haya mediado culpa o negligencia del profesional sanitario.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha tratado de crear criterios jurisprudenciales estables frente a la responsabilidad médica de carácter público; pero estos esfuerzos todavía están a medio caminar, porque no existen acuerdos judiciales ni académicos que avalen de manera general algunas de las posturas que hoy en día son tendencia en la Sección, pero cuyo impacto socioeconómico ha sido objeto de debates. Más allá de eso, no se puede dejar de reconocer que se han consolidado avances muy pertinentes como el del consentimiento informado, o el abandono de una teoría paternalista de la medicina que, inclinando la balanza siempre a favor del médico, podría ir en contravía de los derechos fundamentales de los pacientes dentro del Estado Social de Derecho.

Dentro del tema de la responsabilidad médica, existe hoy un debate teórico-jurídico por las llamadas infecciones y/o enfermedades nosocomiales y/o intrahospitalarias. Es un tema complejo, que se eligió como objeto de estudio porque el debate sobre si el Estado debe responder o no por los daños que se causen a un paciente debido a una infección de esta índole está a la orden del día, más que todo auspiciado por la comunidad médica y por algunos sectores moderados de la doctrina contencioso-administrativa.

Se verá en el trabajo cómo la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el particular ha venido aceptando, desde el año 1997, que la responsabilidad médica por infecciones nosocomiales, se aparta del todo de la tradicional—y a nuestro entender acertada—teoría de la falla del servicio que se aplica para la responsabilidad médica a nivel general, en donde prima la culpa o el dolo frente al

procedimiento médico antes que la consideración justificativa de un presunto riesgo creado en el ámbito hospitalario.

Es esta versión novel del riesgo la que prima en la jurisprudencia de la Sección Tercera, la cual encuentra respaldo en fallos y doctrina comparadas, que según se puede apreciar, si bien admiten ciertos tintes de responsabilidad objetiva en un escenario médico, lo hacen de una forma mucho más responsable desde el punto de vista de la indemnización a recibir por parte de la víctima.

El trabajo desarrolla un capítulo en el que se precisan cuáles son los matices teóricos que jurisprudencialmente se han aplicado respecto a la teoría del riesgo excepcional, se considera que este acápite es necesario porque precisamente esa es la justificación jurídica de la nueva versión de responsabilidad médica de la que se habla. En los fallos de la Sala, se verá cómo el riesgo inherente a la actividad médica es incorporado dentro de la modalidad del riesgo excepcional, y a su vez, dentro de la subcategoría de riesgo aleatorio, definido como el riesgo que depende en gran medida del azar y que se torna irresistible; simultáneamente, los fallos que se han ocupado de definir con rigurosidad el riesgo excepcional y delinear sus fronteras con el daño especial, sostienen que esta teoría sólo es aplicable para actividades riesgosas que despliega la Administración pero cuya concreción del riesgo se materializa por factores muy diferentes a la mejora y salvación de la vida humana: uso de armas oficiales, conducción de vehículos oficiales, construcción de obras públicas y actos terroristas, básicamente.

A partir de esas consideraciones, se aborda un cuarto capítulo en el cual se analiza párrafo a párrafo la sentencia de 29 de agosto de 2013, expediente 30283, mediante la cual la Sección Tercera, al resolver un caso de un menor que había sufrido una meningitis por una infección intrahospitalaria, pretende a su vez unificar la jurisprudencia que se había aplicado moderadamente años atrás. Se hace hincapié en esta sentencia porque la condena que sufrió la Entidad demandada fue tan cuantiosa que ocasionó toda suerte de cuestionamientos respecto a sus elementos jurídicos, los cuales, básicamente, son dos: (i) la

actividad médica es riesgosa, depende en gran parte del azar y el Estado se beneficia de su prestación; (ii) en ese sentido, no es posible exonerar a la Administración de responsabilidad aun cuando demuestre que se cumplieron todos los protocolos propios de la lexartis en el tratamiento del paciente, máxime cuando las infecciones hospitalarias, si bien son irresistibles, no son imprevisibles, razón por la que son en su mayoría controlables y prevenibles.

El último apartado de este trabajo aborda las críticas que se levantaron sobre dicho juicio, más que todo frente al apartado de la providencia que envía una copia al Ministerio de Salud para que se “tomen las medidas” necesarias para que estas infecciones no sean uno de los principales factores de responsabilidad estatal médica. En este acápite, además, se analizarán y comentarán las posturas a favor y en contra de la providencia y de la teoría del riesgo excepcional-alea-provecho que el Consejo de Estado inaugura con ella, respaldando aquella postura que aboga por una rigurosidad jurídica más elaborada para condenar al Estado por temas de carácter médico y que defiende un poco más de libertad para el ejercicio de la medicina, disciplina que sufre un golpe de gracia con la providencia.

Factores como la disponibilidad de los derechos fundamentales; el escaso análisis económico del Derecho que se hace en el fallo, referenciando de forma fragmentaria el sistema indemnizatorio francés completamente disímil al colombiano; el abandono de la postura histórica del riesgo excepcional que a su vez legitima, indirectamente, la no prestación de servicios médicos so pena de incurrir en responsabilidad. Estos elementos, según la comunidad médica que también reacciona a la sentencia, dan muestra de la poca asesoría técnica y jurídica que la Sección Tercera tuvo a la hora de proyectar la decisión, ya que las más reconocidas asociaciones médicas han demostrado cómo la posición central de la Corporación, a saber, la prevención de las infecciones nosocomiales, es un artificio argumentativo que no se compadece con la realidad, y que, contrario sensu, desincentiva el ejercicio ético del médico quien finalmente es juzgado por un juez que poco o nada conoce de medicina.

El trabajo deja el debate abierto para que sea la misma jurisprudencia del Consejo de Estado la que, en un futuro ojalá no muy lejano, corrija los desaciertos de una interpretación del riesgo excepcional cuyo único efecto es convertir a los jueces en pared para que la actividad del médico pueda ser ejercida de manera idónea; lo anterior, sin perjuicio de los efectos económicos de fallos como el que se estudia, que contribuyen, en gran manera, a que la crisis del sistema de salud se agudice e incluso, a que la reclamación económica de la víctima se torne ilusoria.

1. Título.

La responsabilidad patrimonial del Estado por enfermedades intrahospitalarias: aciertos y desaciertos de la jurisprudencia del Consejo de Estado al aplicar un régimen objetivo de responsabilidad basado en el riesgo excepcional.

2. Problema.

2.1. Planteamiento del problema.

La responsabilidad patrimonial del Estado es un tema de estudio extenso, contradictorio y bastante complejo. Es por esa realidad, que un trabajo de monografía sería demasiado pretencioso desde el punto de vista metodológico si quisiera ocuparse de todos los regímenes de responsabilidad que en este momento asume el Estado colombiano, máxime cuando tradicionalmente, y en parte gracias a la institucionalidad de este país, Colombia ha sido un nación que ha tenido que echar mano de figuras jurídicas que puedan moderar un poco las recurrentes formas de no prestar el servicio público en diversos campos.

Si el sistema de responsabilidad en Colombia hoy está tan avanzado—sin desmeritar ni mucho menos el trabajo de excelentes juristas y académicos que se han esforzado por traer a teorías que han celebrado ciertos éxitos en legislaciones foráneas—es porque el mismo Estado ha dado pie para que se juzguen sus actuaciones en diversos escenarios, sin perjuicio de la enorme acogida que ha tenido la teoría del daño, la cual, si bien ha contribuido a enriquecer el debate en términos de responsabilidad objetiva, a veces se desborda creando un escenario confuso que pone en tela de juicio—de manera previa—cualquier manifestación del servicio público.

Por ese motivo, y porque tampoco es intención construir un tratado con fines de exhaustividad, es que nos hemos decantado por uno de los tantos aspectos sobre

los cuales el Estado debe hoy en día responder: la actividad médica. Porque es tan grande el campo de la medicina, y prácticamente inflexible el avance científico de esta rama del conocimiento, que los eventos por los cuales se podría predicar una eventual responsabilidad del médico y de la institución prestadora de salud son variados.

Se habla de un tema que no ha dejado—y quizá no dejará—de crear polémica académica y judicial, porque existen posturas que van desde la completa irresponsabilidad del médico, es decir, conciben al profesional de la salud como un ser superior que cumple una labor heroica en la sociedad, y que en ese sentido, cualquier error o culpa que cometa en su ejercicio es completamente justificable porque se configura tratando de salvar una vida o de mejorar la calidad de la misma; hasta aquellos que, como se evidenciará en este trabajo, afirman que el ejercicio médico es riesgoso por si mismo, razón por la que no se compadece con una moderna teoría del daño dejar a las víctimas sin la correspondiente indemnización cuando padezcan un daño en el ámbito médico, no obstante haber sido el mismo sin culpa o negligencia del profesional sanitario.

Se ha tratado, por parte de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de crear criterios jurisprudenciales estables frente a la responsabilidad médica de carácter público; pero, hay que advertirlo, estos esfuerzos todavía están a medio camino, porque no existen consensos ni judiciales ni mucho menos académicos, que avalen algunas de las posturas que hoy en día son tendencia en la Sección, pero cuyo impacto socioeconómico ha sido por lo menos objeto de fuertes debates. Más allá de eso, no podemos dejar de reconocer que se han establecido avances destacados como el del consentimiento informado, así como el abandono total de una teoría paternalista de la medicina que, eventualmente, pondría en tela de juicio los derechos fundamentales de los pacientes dentro del Estado Social de Derecho.

2.2. Formulación del problema y/o pregunta de investigación.

¿Por qué el sistema de salud debe responder a la luz de un régimen objetivo de imputación por los perjuicios generados a partir de la adquisición de una enfermedad nosocomial en una Empresa Social del Estado?

3. Justificación.

Para el campo de la responsabilidad del Estado en tratándose del derecho contencioso administrativo, resulta por lo menos necesario analizar con detenimiento el fallo de 29 de agosto de 2013, expediente 30283, de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Lo anterior, porque la responsabilidad del Estado en materia de enfermedades nosocomiales (intrahospitalarias) no puede ser desproporcionada, en la medida que por lo menos tiene tres consecuencias adversas, desde el plano social, político y jurídico: primero, no se puede afirmar, como excusa de una aplicación de principios constitucionales, que esta clase de fallos asumen una justicia frente a la víctima, ya que no se pueden sacrificar respectivos principios de los más desamparados mediante fallos tan amplios que indemnizan a presuntas víctimas de actividades que no se salen del curso de lo normal. Segundo, porque desde la perspectiva dogmática, la doctrina del riesgo excepcional tampoco admite interpretaciones radicales tales como decir que la actividad médica es una actividad de la cual se obtiene algún provecho—y menos cuando es brindada a nivel estatal—cuya consecuencia inmediata es afirmar que la responsabilidad es objetiva.

Tercero, porque en este país, no existe ningún sustento financiero para garantizar la indemnización de los eventuales demandantes, primero por la insostenible carga fiscal que la Nación lleva a cuentas y segundo, porque las aseguradoras en

este país no son solidarias y mucho menos coherentes con sus pólizas. El trabajo pretende abordar la responsabilidad estatal desde la óptica del derecho económico, mediante un análisis que arroje alternativas que precisen la actual doctrina del riesgo-provecho.

4. Objetivos.

4.1. Objetivo general.

- Establecer si existe un fundamento jurídico que permita aclarar la teoría del riesgo excepcional en materia de responsabilidad medica por enfermedades intrahospitalarias, sin perjuicio de las consecuencias económicas de esa eventual orientación.

4.2. Objetivos específicos.

- Analizar si a partir del fallo de 29 de agosto de 2013, expediente 30283, de la Sección Tercera del Consejo de Estado se consolida un fundamento jurídico para que el riesgo excepcional constituya el núcleo de la responsabilidad objetiva por enfermedades intrahospitalarias.
- Verificar la procedencia y pertinencia de este tipo de fallos, si se tiene en cuenta que su soporte financiero solo se basa en una fórmula de solidaridad social con serios obstáculos fiscales para su sostenibilidad.

5. Marco referencial.

5.1. Marco histórico.

La posición que la Sección Tercera del Consejo de Estado ha asumido históricamente en lo que se refiere a la responsabilidad patrimonial del Estado por enfermedades intrahospitalarias, se encuentra en la Sentencia de once (11) de

junio de dos mil catorce (2014), Sección Tercera-Subsección A, con ponencia del Dr. Hernán Andrade Rincón¹.

En dicho fallo, sorprendentemente “se recuerda” cómo en el marco de las actividades médico-sanitarias, existen situaciones que se deben regular, según la Corporación, bajo un régimen de responsabilidad objetiva, “por el peligro inherente de algunos procedimientos médico quirúrgicos”, lo cual, de entrada, se torna contradictorio con lo expuesto hasta este momento. El principal ejemplo que plantea el ponente es el de las infecciones intrahospitalarias o nosocomiales, frente a las cuales la Sección Tercera, en una sentencia de 06 de noviembre de 1997², se pronunció por vez primera en el marco de un caso en el que se debatía la responsabilidad de la Administración por la infección que se había producido en el ojo de un paciente, la cual fue contraída en un quirófano mientras se le practicaba una cirugía de cataratas. La infección progresó y el ojo del paciente tuvo que ser extirpado, reemplazándolo por una prótesis. En esta ocasión, la Sala aplicó el título de imputación de la falla presunta del servicio para poder realizar el análisis de la responsabilidad:

“Con la copia de la historia clínica allegada al expediente (f. 7 c. 2) aparece demostrado que Mariela Gutiérrez de Quiroga, quien tenía la condición de afiliada a la entidad demandada, efectivamente fue operada de cataratas en la clínica Fray Bartolomé de las Casas, por cuenta de la Caja de Previsión Social de Bogotá D.C.; que tres días después de la operación presentó una grave infección y que al no poder controlarse mediante drogas, a la paciente se le extrajo el ojo derecho y se le implantó una prótesis.

Lo anterior evidencia, entonces, de una parte, la existencia de un daño sufrido por la demandada; y de otra, la relación de causalidad del mismo con la intervención que le fue practicada por la entidad demandada, cuya demostración se cumple simplemente acreditando que el daño sufrido ha sido

¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de junio de 2014, expediente 27089.

² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 6 de noviembre de 1997, expediente 11782.

causado como consecuencia del tratamiento o intervención practicada por la demandada, sin que implique la demostración de la causa específica que lo determinó.

(...) A la entidad demandada le correspondía desvirtuar la presunción de falla que obraba en su contra, en virtud de la cual se estimaba precisamente que la infección había ocurrido por su falta de diligencia.

*Si era probable que la infección hubiese ocurrido en la sala de cirugía, como lo admite la propia médica tratante, **la demandada tenía la carga de demostrar las precauciones que allí se tomaron para practicar la operación o al menos explicar cuáles fueron los resultados de las investigaciones que el propio hospital hizo para investigar la causa de la citada infección. Y la falta de dicha prueba, que deja en la indeterminación la causa específica del daño, acarrea como consecuencia que en desarrollo de la presunción jurisprudencial establecida en esta materia, dicho daño se impute a la entidad prestadora del servicio médico***³". (Negrillas originales)

Pasaron más de diez años para que la Sala, en sentencia de 19 de agosto de 2009⁴, volviera a retomar el tema de las infecciones intrahospitalarias o nosocomiales; en dicha ocasión, consideró que estas situaciones debían ser analizadas dentro del esquema de la responsabilidad objetiva; con fundamento en doctrina y jurisprudencia extranjera⁵, determinó que esas infecciones debían tratarse bajo la órbita del régimen de imputación riesgo excepcional, más que todo cuando se trataba del uso de cosas o el ejercicio de actividades peligrosas dentro del contexto médico-asistencial.

³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 6 de noviembre de 1997, expediente 11782.

⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 19 de agosto de 2009, expediente 17333.

⁵ PUIGPELAT, 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, cita de COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de junio de 2014, expediente 27089.

Sin embargo, en el mismo fallo, se aclaró, quizá de forma contradictoria, que esa afirmación nada tenía que ver con un desconocimiento de la responsabilidad médico-hospitalaria entendida desde un régimen culpabilista, razón por la cual mal haría la jurisprudencia administrativa en caracterizar a la medicina como una actividad riesgosa. Pero a la vez, se consideró que, excepcionalmente, en el ejercicio de la actividad médica existen escenarios que permitirían hablar de un régimen objetivo de responsabilidad:

*“... Se hace claridad en que los daños derivados de: **infecciones intrahospitalarias** o nosocomiales, la aplicación de vacunas, el suministro de medicamentos, o el empleo de métodos terapéuticos nuevos y de consecuencias poco conocidas todavía, **constituyen daños antijurídicos que tienden a ser imputados o endilgados desde una perspectiva objetiva de responsabilidad, razón por la que no tendrá relevancia jurídica la acreditación de que la entidad hospitalaria actuó de manera diligente o cuidadosa, sino que lo determinante es la atribución fáctica o material del daño en cabeza del servicio médico y sanitario brindado, asociado con el factor de riesgo que conllevan las mencionadas circunstancias**”* (Negrillas originales).

Estos planteamientos fueron confirmados por la Sección Tercera a través de la sentencia de 25 de marzo de 2011⁷, que se encargó de desarrollar los eventos susceptibles de ser estudiados bajo el régimen objetivo de responsabilidad:

- Eventos donde exista manipulación de cosas peligrosas o cuyo procedimiento empleado implique un gran riesgo, siempre y cuando el instrumento riesgoso cause el daño de manera directa o por su ejercicio, ya que si el daño es producto de una ejecución defectuosa del médico, sin perjuicio del riesgo inherente al objeto empleado, el caso deberá resolverse por el cauce de la responsabilidad subjetiva o culposa.

⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 19 de agosto de 2009, expediente 17333.

⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. sentencia de 24 de marzo de 2011, expediente 20836.

- Cuando se trate de medicamentos, tratamientos o procedimientos que si bien implican un avance de la ciencia, se desconocen sus efectos a mediano y largo plazo.
- Cuando en el procedimiento médico se utilizan sustancias peligrosas o elementos químicos riesgosos, como serían los eventos de medicina nuclear.
- En eventos relacionados con vacunas, ya que de manera implícita se asume su peligrosidad eventual o las diferentes reacciones de carácter adverso que puede haber según el organismo al que le sean aplicadas y,
- Cuando el daño es producto de una infección nosocomial o intrahospitalaria⁸.

Sin embargo, en el fallo referenciado al inicio del capítulo, se deja claro que a pesar de las precisiones conceptuales previas, sólo fue hasta la sentencia de 27 de julio de 2012 cuando el Consejo de Estado aplicó el régimen de responsabilidad objetiva en un caso específico, donde se debatía la responsabilidad estatal por una artritis séptica que se había contraído en un centro hospitalario. Después de reiterar los parámetros que definen la responsabilidad de tipo objetivo que le asiste al Estado, derivada de infecciones nosocomiales, precisó que:

“... para que pueda declararse la responsabilidad patrimonial del Estado, quien alega haber sufrido un perjuicio deberá acreditar que la infección que afectó a la víctima fue adquirida en el centro hospitalario o asistencial o que se produjo como consecuencia de un procedimiento médico, sin que en tal evento resulte necesario que se pruebe que la entidad demandada actuó de manera indebida o negligente; ésta última, por su parte, podrá eximirse de responsabilidad única y exclusivamente probando que la infección, para el caso que ocupa a la Sala en esta oportunidad, ocurrió como consecuencia de una causa extraña, esto es una fuerza mayor o el hecho determinante y exclusivo de la víctima o de un tercero.”

⁸ Ibídem.

“(…). La Sala encuentra, entonces, que a la luz de los documentos aportados al proceso, la infección sufrida por la señora Cuesta Torres, la cual le causó la artritis séptica, fue adquirida como consecuencia de la artrografía que se le realizó en su rodilla derecha el día 27 de octubre de 1997 en las instalaciones del Hospital Universitario San José de Popayán, razón por la cual y atendiendo la jurisprudencia consolidada en la materia, en punto a la responsabilidad objetiva por infecciones nosocomiales o intrahospitalarias, revocará la sentencia de primera instancia y, en su lugar, declarará al Hospital Universitario San José de Popayán y a COMSALUD I.P.S., como responsables patrimonialmente por los hechos objeto de este proceso.

Por otra parte, aun cuando tanto el Hospital Universitario San José de Popayán y como COMSALUD I.P.S., acreditaron haber actuado con diligencia y cuidado en la realización del procedimiento médico, dicha conducta no resulta suficiente para exculparlas en un caso como el presente, en el cual se analizan los hechos objeto del litigio a partir de un esquema de responsabilidad objetiva, puesto que sólo se podrá exculpar a la parte demandada, se reitera, cuando ella acredite una causa extraña; en el presente caso, sin embargo, no se encuentran elementos probatorios que le permitan a la Sala inferir la existencia de alguna causa extraña al actuar de las entidades demandadas, que hubiere podido generar la infección que padeció la señora Cuesta Torres⁹”.

Bajo la misma línea argumentativa, la Sección Tercera del Consejo de Estado mediante sentencia de 7 de noviembre de 2012, declaró la responsabilidad del ISS por la muerte de una madre en estado de gestación a la que le fue diagnosticada una sepsis secundaria de episiotomía sobre infectada. Es esa ocasión, cuando se refirió a la responsabilidad de la Entidad demandada, aclaró que:

“... Aun cuando el Hospital Lorencita Villegas de Santos acreditó haber actuado con diligencia y cuidado en la realización del parto -el cual se realizó

⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A, sentencia de 27 de junio de 2012, expediente 21661.

de forma satisfactoria- y, posteriormente, inició el tratamiento antibiótico para contener la infección adquirida en dicho centro hospitalario, tales actuaciones per se no resultan suficientes para liberarlo de responsabilidad en un caso como el presente, en el cual se analizan los hechos objeto del litigio a partir de un esquema de responsabilidad objetiva, en virtud del cual corresponde a la parte actora acreditar nada más allá de los conocidos elementos que configuran la responsabilidad: actuación del Estado, daño antijurídico e imputación, extremos que se encuentran suficientemente acreditados en el expediente, pues -bueno es insistir en ello-, fue una infección contraída en el centro hospitalario demandado que produjo la muerte de la paciente.

Ese mismo marco conceptual impone entender que es a la entidad demandada a quien correspondía demostrar -en este caso concreto-, mediante pruebas legales y regularmente traídas al proceso, si se había dado algún supuesto de hecho en virtud del cual pudiera entenderse configurada una causal de exoneración, como fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o culpa exclusiva y determinante de la víctima, y ocurre que ninguna de estas causales eximentes de responsabilidad ha sido acreditada en el plenario¹⁰”

Posteriormente, en sentencia de 29 de mayo de 2013, la Subsección A de la Sección Tercera declaró al Estado administrativamente responsable en un caso donde se le reclamaba a la Administración la indemnización de ciertos perjuicios que se habían derivado de una infección intrahospitalaria que desembocó en la amputación de la extremidad inferior derecha del paciente:

“De todo lo anterior, la Sala considera que aparece demostrado que la infección presentada por el señor CESAR AUGUSTO OSPINA LEON, fue adquirida en la Clínica San Pedro Claver, por cuanto la historia clínica es contundente en señalar que desde la entrada al centro hospitalario, 4 de abril de 1998, y hasta antes del primer postoperatorio, 28 de abril de esa anualidad, el paciente no presentó ningún síntoma o señal de infección, al punto que el cultivo practicado dio resultado negativo. Ahora bien, es claro que fue a partir

¹⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A, sentencia proferida el 7 de noviembre de 2012, expediente 26124.

de la cirugía que apareció el proceso infeccioso el cual se hizo persistente a punto que ni siquiera con la amputación de la extremidad se logró restablecer la salud del paciente. (...), situación fáctica que se ajusta a lo que la jurisprudencia de esta Sub Sección sostiene acerca de la responsabilidad de índole objetiva para eventos de infecciones intrahospitalarias.

Ese mismo marco conceptual impone entender que si bien está acreditada la diligencia y cuidado con las que actuó la entidad demandada en la atención prestada al señor Ospina con ocasión de su fractura, lo cierto es que, en estos eventos de infecciones intrahospitalarias, la responsabilidad del ente hospitalario se fundamenta en el hecho de que, a pesar de la gravedad de la fractura, lo cierto es que el lesionado ingresó libre de infección, y que los microorganismos que la provocaron, fueron adquiridos por el paciente en las instalaciones de la demandada¹¹”.

El fallo más reciente, que es objeto de análisis separado en este trabajo, es el de 29 de agosto de 2013, emitido por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, donde se estudió la responsabilidad del ISS en una situación de infección intrahospitalaria que había contraído un menor de edad, la cual le provocó una meningitis bacteriana. En esta oportunidad desarrolló los planteamientos de la responsabilidad médico-asistencial bajo la órbita objetiva, que retoma la idea del riesgo excepcional a través de la figura más específica del riesgo alea:

“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

¹¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. sentencia de 29 de mayo de 2013, expediente 28483.

o de otro tipo de factores imprevisibles, a la producción de daños sin que medie asomo alguno de culpa”.

Hasta el momento, la aplicación de la categoría de riesgo-álea, que encuentra su origen en la jurisprudencia francesa, se ha reservado en nuestro medio a aquellos supuestos en los que el daño se produce por la utilización de un aparato o instrumento empleado por la ciencia médica para el diagnóstico o tratamiento de ciertas enfermedades o patologías o por la ejecución de ciertos procedimientos para el mismo fin. No obstante, la Sala considera que nada obsta para hacer extensiva la categoría de riesgo-álea a los casos en los cuales el daño es consecuencia de una infección contraída en un centro asistencial, comoquiera que en todas estas situaciones el daño surge por la concreción de un riesgo que es conocido por la ciencia médica, pero que se torna irresistible en tanto su concreción depende, muchas veces, de la ‘ineludible mediación del azar’.

“(…). En suma, en criterio de la Sala, el riesgo puede servir como factor para atribuir jurídicamente responsabilidad a la administración por los daños causados como consecuencia de una infección de carácter intrahospitalario, entendida como aquella que se contrae por el paciente en el hospital o centro asistencial. En estos eventos la responsabilidad es de carácter objetivo, por lo que la parte demandada, para liberarse de la obligación de indemnizar los perjuicios, tendrá que demostrar que el paciente ya portaba el cuadro infeccioso antes de ingresar al nosocomio¹²” (Se ha resaltado).

En el fallo se manifiesta que los razonamientos referentes al análisis de la responsabilidad por las infecciones nosocomiales dentro de un régimen objetivo, son completamente coherentes con lo que se ha manifestado sobre el particular por parte de la jurisprudencia y la doctrina extranjeras, las cuales se han encargado de profundizar sobre el tema objeto de estudio. En el derecho comparado, la tendencia frente a estos eventos se inclina hacia la objetivación de la responsabilidad de los centros asistenciales de carácter oficial, donde al

¹² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B, sentencia de 29 de agosto de 2013, expediente 30283.

paciente sólo le compete demostrar que el daño padecido es consecuencia directa de una infección nosocomial que se adquirió al permanecer en el centro hospitalario¹³.

En el sistema normativo francés, por ejemplo, también se ha consagrado un régimen de responsabilidad médica hospitalaria sin culpa, que se extiende a los casos de las infecciones nosocomiales y que se basa en tres fundamentos principales:

“i) el riesgo (las infecciones nosocomiales existen y cualquiera puede padecerlas), ii) la igualdad (todas las personas son iguales y por ello todas tienen derecho a estar protegidas de igual forma) y iii) la solidaridad (pese a que no se enfermarán todos, todos debemos hacernos cargo porque podría dañar a cualquiera¹⁴)”

Quiere decir lo anterior que en el sistema francés de responsabilidad, los establecimientos y profesionales de la salud, sin importar si son públicos o privados, deben responder por los daños que se causen a raíz de las infecciones intrahospitalarias, a no ser que logren demostrar que la causa de la infección es un factor ajeno al servicio médico-asistencial¹⁵.

En Argentina, al lado de quienes consideran que las infecciones nosocomiales comportan concretamente de un riesgo inherente a la actividad médica, también existe un sector doctrinal, que ha incidido en ciertos criterios jurisprudenciales, y que afirma que *“junto al deber principal de prestar asistencia médica, el*

¹³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de junio de 2014, expediente 27089.

¹⁴ La Ley del 4 de marzo de 2002, también conocida como “Ley Kouchner”, establece dos sistemas específicos y distintos de responsabilidad por infecciones hospitalarias. El primero, aplicable a los establecimientos de salud, tanto públicos como privados, que es de carácter objetivo. El segundo, aplicable a los médicos, que es de carácter subjetivo (falta probada). Juan Manuel Prevot, Responsabilidad civil de los médicos, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 318., cita de COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de junio de 2014, expediente 27089.

¹⁵ BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile, 2009, pp. 688-694, cita de COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de junio de 2014, expediente 27089.

establecimiento sanitario asume un deber de seguridad que siempre es objetivo”, que aunque puede referirse a una obligación de medio, como lo serían los actos puros de la profesión, también se convierte en un grupo de obligaciones de resultado, como las que tienen que ver con la garantía de daño mínimo o nulo de “las cosas utilizadas, ámbitos físicos, instrumentos quirúrgicos, aparatos de rayos, etcétera, que pueden resultar riesgosos o viciosos¹⁶ (...)”

La doctrina argentina, admite que en estos casos la carga de la prueba recae sobre la Entidad demandada, que a su vez, para poder exonerarse de cualquier clase de responsabilidad, debe demostrar que se han cumplido todos los protocolos necesarios de cara a la seguridad, lo cual es entendido como una obligación que emana del contrato asistencial y cuyo desconocimiento activa de forma inmediata la cláusula de responsabilidad directa de la entidad que contrata al profesional, sin perjuicio de la responsabilidad que le concierne personalmente a este último¹⁷.

En España, el régimen de responsabilidad aplicable a los casos de infecciones nosocomiales es el objetivo, de forma muy similar a como se aplica en Colombia. Sorprendentemente, se afirma que *“la persona que provoca un riesgo que le reporta un beneficio, debe asumir la responsabilidad si causa un daño¹⁸”*. Frente al tema, el Tribunal Supremo Español, ha dicho lo siguiente:

*“...Los niveles presumidos por ley de pureza, eficacia o seguridad que suponen además, posibilidades de controles técnicos de calidad, impiden, de suyo, por regla general las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquirida en el medio hospitalario o su reactivación en el referido medio. **Cuando estos controles de manera no precisada fallan; o bien,***

¹⁶ PREVOT, Juan Manuel. *Responsabilidad Civil de los Médicos*. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2008. p. 318, cita de COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de junio de 2014, expediente 27089.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura; PÉREZ VELÁSQUEZ, Juan Pablo y otros. *Tratado jurisprudencial de responsabilidad por daños*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 94, cita de COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de junio de 2014, expediente 27089.

por razones atípicas dejan de funcionar, en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma de responsabilidad objetiva¹⁹
(Negrillas propias).

Sin embargo, en España también existe una posición jurisprudencial más moderada, que defiende la declaratoria de responsabilidad en casos de infecciones nosocomiales con fundamento en la culpa o falla del servicio—como tradicional y acertadamente se ha entendido la responsabilidad médica en Colombia—basada en la llamada *teoría del daño desproporcionado*, según la cual, una vez que se produce una infección cuyo origen es una bacteria hospitalaria propia de una intervención quirúrgica, se considera que el daño que se produjo es imputable al servicio médico-asistencial, debido a que es este el que, en una posición de dominio y exclusividad, se obliga a poner a disposición todas las medidas sanitarias que sean idóneas para que la contaminación se pueda evitar²⁰.

El centro asistencial debe ser garante de las medidas diagnósticas de carácter posterior, que se dirijan a la detección de la infección así como su tratamiento; por ende, una vez producida la infección y como consecuencia de ella el daño, se pone en evidencia la culpa del centro asistencial:

“La doctrina jurisprudencial sobre el daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor, corresponde a la regla ‘res ipsa loquitur’, (la cosa habla por sí misma), que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia, lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto y

¹⁹ ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO. Sentencias de 21 de marzo de 2000, 12 de julio de 1999, 30 de junio de 1998 y 24 de abril de 1996. En LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura; PÉREZ VELÁSQUEZ, Juan Pablo y otros. *Tratado jurisprudencial de responsabilidad por daños*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 94-106, cita de COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de junio de 2014, expediente 27089.

²⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de junio de 2014, expediente 27089.

que aquél no sea causado por una conducta o acción que corresponda a la esfera de la propia víctima. (...). La jurisprudencia no ha eliminado en modo alguno la exigencia del elemento subjetivo o culposo para este tipo de responsabilidad aquiliana, sino que carga el acento, con una finalidad social, en la prueba de esa culpa, pero invirtiendo el ‘onus probandi’, es decir, atribuyendo de la misma al demandado para que con ello acredite que en ejercicio de sus actos lícitos obró con toda la prudencia y diligencia precisa para evitar el daño, máxime en actividades de suyo peligrosas o de fácil creación de riesgo, supuesto en el que la causalidad física adquiere, en su consideración, prepotencia o prevalencia sobre la psicológica o subjetiva exigible a la gente²¹”

En la sentencia se advierte que la teoría denominada “*res ipsa loquitur*” se ha aplicado por la Sección Tercera del Consejo de Estado en casos de negligencia evidentiísima, como por ejemplo, situaciones relacionadas con amputaciones en miembros equivocados, extirpaciones de órganos diferentes al inicialmente diagnosticado, o la muerte de niños en casos de operaciones rutinarias²²; no obstante, en tratándose de eventos de infecciones nosocomiales, donde resulta científicamente improbable controlar y/o erradicar las bacterias que viven en el ambiente médico, la aplicación de la presunción mencionada se torna completamente improcedente, motivo por el cual la responsabilidad se ha fundamentado en los parámetros del riesgo excepcional, llamado también *riesgo alea*²³.

En Chile, según el fallo del Consejo de Estado, la jurisprudencia ha considerado que una enfermedad que se contraiga mientras se permanece en el

²¹ ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO. Sentencias de 18 de mayo de 2007, 15 de septiembre de 2003 y 29 de junio de 1999. En LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura; PÉREZ VELÁSQUEZ, Juan Pablo y otros. *Tratado jurisprudencial de responsabilidad por daños*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 94-106. Cita de COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de junio de 2014, expediente 27089.

²² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 22 de octubre de 2009, expediente 18427.

²³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 29 de agosto de 2013, expediente 30283.

establecimiento médico es muestra inequívoca de la negligencia en que ha incurrido dicho centro asistencial referente al cumplimiento de los deberes preventivos que sobre él recaen, así como la falta del servicio del mismo hospital de carácter público²⁴. En estos casos se aplica la presunción de culpa, que encuentra sustento legal en el artículo 2329 del Código Civil de ese país.

En todo caso, la postura no ha sido pacífica ni unánime, ya que sectores de la doctrina se han opuesto a su tesis, considerando que es el daño y no la culpa el fundamento de la responsabilidad del Estado, de tal manera que si el evento dañoso se produce mediante una infección intrahospitalaria, de inmediato surge la obligación de indemnizarlo, acreditando para tal fin la relación de causalidad que existe entre la prestación del servicio asistencial y el daño mismo, *“sin importar si hubo o no culpa en el establecimiento o sus dependientes”*²⁵.

Haciendo una síntesis de todo lo dicho hasta acá, la Sala, en el fallo referenciado, afirma que la jurisprudencia contencioso administrativa, en tratándose de asuntos que versan sobre responsabilidad médica que se configura por infecciones nosocomiales o intrahospitalarias, dijo en un principio, desde el año 1997, que era un tema que se debía estudiar bajo el título de la falla presunta del servicio, donde la entidad demandada podía acreditar la diligencia y cuidado en la atención para exonerarse de responsabilidad. Doce años más tarde, sin embargo, este tipo de infecciones fueron incorporadas en la jurisprudencia de la Sección Tercera dentro de los eventos catalogados como riesgosos en el ejercicio de la actividad médica, todos analizados bajo un régimen objetivo de responsabilidad, concretamente del riesgo excepcional, a partir de la influencia de la doctrina y jurisprudencia comparadas²⁶.

²⁴ BARROS BOURIE, Enrique. Óp. Cit. p. 693, cita de COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de junio de 2014, expediente 27089.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de junio de 2014, expediente 27089.

A partir del año 2012, la jurisprudencia de la Sección Tercera atribuyó responsabilidad del Estado por infecciones intrahospitalarias en casos muy concretos; en ese ejercicio, determinó que a la parte demandante solo le bastaba acreditar que la infección que afectaba a la víctima había sido adquirida en el centro asistencial, y/o que se había producido como consecuencia del acto médico, sin que resultara obligatorio en aquellos casos acreditar que la entidad demandada hubiese actuado de manera negligente o inidónea.

Estos planteamientos, según el fallo estudiado, tienen plena concordancia con lo que se ha planteado en diferentes países como Francia, Argentina, España y Chile, donde esta clase de daños han sido estudiados de forma sistemática bajo un régimen de responsabilidad objetivo o sin culpa.

Con fundamento en todos estos razonamientos, en la sentencia que sirve de referencia a este repaso histórico, el Consejo de Estado concluye que para que sea posible declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por las llamadas *infecciones nosocomiales*, quien alega haber padecido el perjuicio deberá acreditar que la infección que afectó a la víctima fue contraída por una bacteria que vive en el ambiente hospitalario, o que fue originada por un mal procedimiento médico, sin que resulte estrictamente necesario que se acredite que la entidad demandada actuó de manera indebida o negligente. Por su parte, el centro asistencial, podrá exonerarse de la responsabilidad únicamente si logra demostrar que la infección—en el caso concreto—ocurrió como consecuencia de una causa extraña, es decir, una fuerza mayor, o por el hecho determinante y exclusivo de la víctima o de un tercero²⁷.

5.2. Marco teórico.

En términos teóricos, tanto por la doctrina jurídica especializada así como por la comunidad médica en general, el fallo objeto de análisis en el trabajo no tuvo una buena acogida. Básicamente, fue considerado un rompimiento de los lineamientos

²⁷ *Ibidem*.

éticos del ejercicio médico, además de defender un discurso desconocedor de la realidad de las infecciones nosocomiales en este país, poco preparado técnicamente en ese campo y colmado de intermediarios en un sistema de salud donde, al parecer, el único responsable es el médico tratante y no el sistema considerado como un todo.

En ese orden de ideas, es suficientemente ilustrativa la visión que del fallo tuvo en su momento el tratadista Javier Tamayo Jaramillo, exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Civil y uno de los hombres que más puede conocer sobre diversos temas de responsabilidad civil y del Estado en Colombia. En efecto, en columna de 12 de diciembre de 2013, publicada por el portal web de la revista *Ámbito Jurídico*, el doctrinante asegura, como efectivamente se descubrió en el análisis precedente, que el fallo descarta, de forma categórica, una falla del servicio de salud público-hospitalario²⁸.

Advierte que si bien la solución no es nueva ni en el derecho colombiano, ni mucho menos en el derecho comparado, ello no es impedimento para que se cuestione, de manera juiciosa y analítica, sus componentes estrictamente jurídicos, así como su grado de justicia y sobretodo, conveniencia. Afirma que si el fallo es leído aisladamente, no parecería ser objeto de reproche alguno.

Acto seguido sostiene que la sentencia adolece de graves falencias, en cuanto a justicia, falencias normativas y prácticas, las cuales resume en tres puntos de inclinación: (i) afirma que la providencia va en contravía de la dinámica de los principios constitucionales; (ii) se desliga completamente del análisis económico del Derecho y (iii) desnaturaliza por completo los fines de la teoría del riesgo excepcional²⁹. Frente al tema de los principios constitucionales, sostiene que ellos

²⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Responsabilidad por infecciones hospitalarias*. Columna de opinión de 12 de diciembre de 2013, disponible en www.ambitojuridico.com recuperado el 27 de febrero de 2016.

²⁹ *Ibidem*.

deben ser entendidos *prima facie*. Quiere decir lo anterior, que los principios y derechos consagrados en la constitución sólo pueden ser exigidos siempre que su realización sea posible jurídica y fácticamente. En otras palabras, la materialización del derecho se dará siempre que no existan circunstancias de hecho y/o de derecho que impida su aplicación.

Según Tamayo, el principal defecto de la jurisprudencia contencioso-administrativa en materia de responsabilidad del Estado es precisamente ese, es decir, aceptar sin más las pretensiones indemnizatorias de los actores, cuestión que viola el fundamento constitucional relacionado con las características de los principios y derechos, sin perjuicio del incremento de esa visión según la cual el Estado es un fondo financiero que está obligado a asumir, sin más, todo tipo de decisiones judiciales. Bajo esa misma línea, sostiene que la compleja realidad del sistema de salud en Colombia tiene múltiples orígenes, entre los que destaca la corrupción, la falta en sí misma de recursos y afirma que otro factor de la actual crisis tiene que ver directamente con la forma cómo, sin ningún tipo de control, los tribunales condenan a las instituciones a suministrar todo tipo de requerimientos en salud que se salen de la órbita legal, o peor aún, al pago de indemnizaciones cuantiosas cuyo sustento teórico ha sido, en variadas ocasiones, la culpa presunta y con el fallo que critica, se fortalece el riesgo excepcional³⁰.

Al mismo tiempo, lamenta cómo las corporaciones de justicia se ven en múltiples problemas por las limitaciones económicas, respecto de las cuales deben hacer caso omiso para proceder a la imposición de una serie de cargas al Ejecutivo, el cual debe empezar a repartir los recursos inicialmente destinados al cubrimiento y garantía de derechos de orden constitucional, para que se logre sufragar lo que la respectiva condena prescribe. Posición que, en todo caso, no deja de ser bastante polémica, ya que se desprende de ella una especie de rechazo por el reconocimiento judicial de derechos, cuestión que constituye una de las

³⁰ *Ibidem*.

principales garantías que tienen los ciudadanos en el Estado Social de Derecho cuando el texto confuso y corto de la norma no es capaz de brindar las soluciones oportunas que se requieren inmediatamente. Seguramente, si no hubiese corrupción, mala técnica legislativa y un peor diseño institucional del Sistema de Salud, la intervención de los jueces en ese sentido sería mínima o nula, pero los defectos constantes motivan su entrada en escena para poder equilibrar lo que primera vista ha estado desbalanceado.

En cuanto a las condenas, sí es cierto que muchas sentencias—al menos en tratándose de responsabilidad médica del Estado—parecieran fundamentar, de forma deliberada de diferentes posturas jurídicas que de garantizar la aplicación del artículo 90 de la Constitución Política, a veces tergiversan los postulados históricos de la responsabilidad, los cuales, si bien no se pueden predicar inflexible, tampoco pueden ser tomados de forma fragmentaria solo para solucionar un caso concreto cuyos impactos fiscales pueden ser muy sensibles.

Sostiene que si de posibilidades jurídicas se trata, la teoría del riesgo excepcional como un factor de imputación de responsabilidad a cargo de los hospitales públicos tiene la vocación de aumentar a tal punto las sentencias condenatorias, que se pone en entredicho el derecho a la igualdad de la mayoría de ciudadanos de escasos recursos que ven en el Estado—también con su limitada capacidad financiera—como el único llamado a garantizar asistencia médica y hospitalaria:

Es decir, las sumas fabulosas que por responsabilidad objetiva se les paga a los demandantes dejan en la absoluta indigencia a la mayoría de los pobres que también requieren servicios de salud³¹.

Aunque la palabra indigencia no sea la correcta, porque de todas maneras no es posible relacionar una falencia en la prestación del servicio de salud a cargo del

³¹ *Ibidem.*

Estado, con la situación de indigencia en la que varios miles de colombianos viven su día a día, lo cierto es que, en palabras de Tamayo, tanto la una como la otra hacen parte de un modelo económico de selección y extractivo, donde cada uno de los servicios públicos tiende a privatizarse solo para enriquecer a unos pocos, siendo en ocasiones, afortunadamente escasas, los jueces quienes se vuelven cómplices de ese *mal originario*.

Finalmente, Tamayo afirma que aquellos que defienden la responsabilidad médica por riesgo excepcional, no pueden denominarse progresistas, toda vez que en la práctica, ella sólo resulta ser una fantasía, atrasada y de selección, cuyos mayores beneficiarios son los abogados demandantes, quienes se quedan con un porcentaje nada despreciable de las indemnizaciones. Al mismo tiempo, vuelve a insistir en que si grandes grupos de la sociedad hoy se encuentran carentes de servicios de salud, es porque la responsabilidad médica sin culpa impide que estos se financien³².

En lo que atañe al análisis económico del Derecho, Tamayo empieza diciendo que los aspectos económicos de la responsabilidad civil en Colombia son poco analizados por el Consejo de Estado. Sostiene que este tipo de decisiones tienen un tinte populista-judicial que equivocada y generalizadamente, considera que el Estado está en la capacidad de pagarlo todo. Acto seguido, sostiene que es impresionante cómo en el fallo se cita de forma despreocupada la Ley Francesa 1577 de 2002, la cual se expidió precisamente para ponerle freno al furor de las teorías que, sin más, condenaban a los demandados. Esta norma, lo que hizo fue crear un sistema mixto de responsabilidad basado en la culpa, el seguro obligatorio y la seguridad social. El seguro obligatorio de responsabilidad civil que la norma consagra es suficiente para que se pague cualquier condena contra el médico siempre que se cause el daño de forma culposa. Es decir, si la culpa no se acredita, sencillamente el médico no responde y la póliza no se activa.

³² *Ibidem*.

En el sistema francés, no es que hospitales y médicos respondan objetivamente por el alea terapéutico y las infecciones nosocomiales, sino que mediante un sistema de solidaridad social, que no de responsabilidad civil, el Estado asume las reparaciones a las víctimas. Es sencillo: ni los médicos que han incurrido en culpa y mucho menos los hospitales entendidos como institución responden por los perjuicios, los cuales terminan siendo pagados por seguros obligatorios y en general, por el sistema de seguridad social. Sin embargo, esta realidad ha sido posible en el país europeo debido a la enorme riqueza que ha acumulado Francia, más si se le compara con la riqueza acumulada por el estado colombiano³³.

Empero, este modelo es difícil de aplicar en Colombia, ya que los seguros privados para médicos y hospitales tienen una cobertura mínima, y en ocasiones, ni siquiera las aseguradoras acceden a venderlos; por otro lado, un fondo de garantías históricamente se ha tornado inviable porque se han hecho intentos que han terminado en actos de corrupción. La diferencia radica que en Francia, siendo el modelo a seguir según el fallo analizado, ni los hospitales ni médicos arriesgan su patrimonio, mientras que en Colombia, los jueces, so pretexto de un desarrollo cuestionable, condenan con falta de rigor a quien no ha cometido culpa, poniendo en aprietos presupuestales al sistema.

Frente al riesgo excepcional, Tamayo afirma que es lo más desconcertante del fallo referenciado, máxime cuando el sustento teórico y doctrinal que lo acompaña no tiene reparos en afirmar que la responsabilidad del Estado en temas de hospitalización debe ser objetiva porque esta desemboca en un riesgo provecho, aleatorio y excepcional³⁴. Sostiene que no se logra dilucidar con suficiente certeza si lo que quiere el fallo es hallar pretextos y engaños que logren justificar argumentativamente la decisión de condenar al Estado, o si por el contrario,

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

extralimitando su motivación, se tergiversa la teoría del riesgo como una fuente de responsabilidad objetiva. Tal como se mencionaba en medio del análisis del fallo, se comparte la posición del doctrinante cuando asegura que es un error sostener que el centro asistencial demandado debe responder objetivamente porque presuntamente se beneficia de la actividad médica que ejerce.

Recuerda que desde hace más de 120 años tanto la doctrina como la jurisprudencia tienen claro que el Estado responderá objetivamente, si, por ejemplo, tiene a su cargo la explotación de una fábrica de municiones (riesgo provecho), pero no se justifica que del mismo modo responda sólo por cumplir con la Constitución e incluso con el Código Penal cuando, cumpliendo la esencia de la medicina, lo somete a un riesgo—o a su precisión—en medio de los intentos por salvarle la vida al enfermo, obviamente sin culpa de su parte ³⁵. Igualmente, el tratadista sostiene que uno es el contexto de Francia y otro muy diferente es el contexto colombiano. Si los franceses reparan cualquier daño que sufran los pacientes, lo hacen basados en su enorme capacidad financiera para sostener los seguros privados y un fondo de garantías eficaz, con músculo económico y transparente; evidentemente este no es el mismo camino que se ha seguido en Colombia, razón por la que la cuestión socioeconómica debe influir en la aplicación de soluciones jurídicas más elaboradas.

En el riesgo excepcional, entendido de forma tradicional, el demandado es libre de actuar en su provecho, cuestión que difiere evidentemente del riesgo terapéutico, en donde el médico que se rehúse a actuar puede ser objeto de las sanciones del Código Penal. Además: ¿Cómo demostrar que el ISS, en el caso analizado, estaba obteniendo un provecho al momento de brindarle tratamiento a un enfermo grave? ¿Acaso la aplicación masiva de este criterio no autoriza a los médicos a no ser obligados a prestar servicios de salud por temor a comprometer su responsabilidad?

³⁵ *Ibidem*.

Desde el punto de vista penal, el daño que los médicos puedan llegar a causar en su ejercicio está plenamente justificado siempre que no se acredite la culpa; siendo así, es claro que si no existe culpa, el daño propio del riesgo terapéutico también debe justificarse en materia de responsabilidad patrimonial del Estado. Siguiendo los postulados de la providencia, toda la responsabilidad médica se torna objetiva, atendiendo al riesgo inherente a su ejercicio; si bien esta teoría tuvo una acogida fuerte en países como España, de donde es originaria, lo cierto es que a raíz de los problemas que causó para el ejercicio de la medicina tuvo que ser recogida por el profesor García de Enterría, quien inicialmente fuera su mentor.

Sí existen bacterias intrahospitalarias prácticamente imposibles de controlar, más que todo cuando se trata de centros asistenciales de municipios apartados. Si por este tipo de infecciones que algunos hospitales responderán administrativamente, seguramente su desaparición es inminente, cuestión que realmente pone en entredicho la teoría que sustenta el fallo porque so pretexto de proteger a un paciente y a su familia, puede dejar sin servicio de salud a un centenar³⁶.

Desde la orilla del análisis económico del Derecho, y como reacción a los lineamientos del profesor Tamayo, el autor Javier Francisco Franco Mongua, afirma que el fallo analizado produce los llamados *incentivos contrarios* en quienes prestan servicios de salud. Afirma que el derecho de daños aboga por la protección de quienes potencialmente podrían ser lesionados por actos de terceros; no obstante, apunta a que los niveles de prevención tampoco pueden ser irrazonables o sencillamente imposibles. Con un criterio de esta índole llevado a su máxima expresión, se podría pensar en lo peligroso de querer llegar a

³⁶ *Ibidem*.

prohibir la muerte misma, aun cuando la actividad médica haya hecho hasta lo imposible para evitarla³⁷.

La actividad médico-sanitaria está sujeta a riesgos que pueden minimizarse a través de la aplicación de ciertos protocolos, pero pensar en que ellos van a eliminarse por completo es por lo menos ilusorio; es por ello que, según Franco, a la actividad médica no le puede ser aplicable un régimen objetivo de responsabilidad, completamente inviable en términos jurídicos y económicos. Sostiene que el debate judicial y académico de fallos como el analizado deben darse desde dos aristas, que son fundamentales en el análisis económico del Derecho: una perspectiva deontologista o basada en valores y una consecuencialista, fundamentada en efectos, de modo tal que se puedan obtener consensos mínimos, como cuando se pudo consagrar en la Constitución Política el principio de sostenibilidad fiscal³⁸.

Posiciones estas que no coinciden con la del profesor Gustavo Quintero Navas, quien sostiene, asumiendo una postura inclinada al fallo referenciado, que la responsabilidad extracontractual del Estado manifiesta su evolución según se comporte desde el punto indemnizatorio con la víctima, pues ella es su razón de ser. Es por eso que los diferentes regímenes de responsabilidad, legislativos o jurisprudenciales, deben contribuir a justificar de forma racional cómo es que se concede una indemnización³⁹. Afirma que la decisión del Consejo de Estado se ajusta a toda lógica moderna de responsabilidad. Por un lado, las infecciones que se pueden contraer en el medio hospitalario, a no ser que se evidencie la culpa— y con ella la falla del servicio—son un riesgo inherente a ese ejercicio. Sostiene

³⁷ *Ibidem*, intervención de Javier Francisco Franco Mongua, columnista invitado y Magíster en Derecho Económico.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*, intervención de Gustavo Quintero Navas, columnista invitado, profesor asociado de la Universidad de los Andes.

que no sería justo someter a quien padezca un perjuicio de esa naturaleza a no obtener indemnización alguna.

Celebra que esa categoría situada dentro del régimen de la responsabilidad objetiva permite dejar de reprochar cualquier conducta al hospital, pero sin dejar de reivindicar la “desgracia” del que buscando mejorar o recuperar su salud, se empeora o muere por razones diferentes a su patología inicial. Para Quintero, es errado sostener de manera general que el dinero público no pueda contribuir a mitigar en algo el dolor que puede causarse a raíz de los perjuicios derivados del medio nosocomial, ya que esta es una de las garantías del Estado Social de Derecho. En todo caso recuerda que aunque en el fallo se logra evidenciar un régimen de responsabilidad de cara a las víctimas, el juez sigue siendo riguroso a la hora de exigir la acreditación del perjuicio, ya que él, siempre será *guardián de los dineros públicos*⁴⁰.

En lo que se refiere a la comunidad médica, sensiblemente afectada por el fallo, vale destacar lo que en su momento diría Álvaro Villanueva en una columna de 21 de noviembre de 2013 publicada por el portal web del Periódico El Herald de Cartagena, en la que este líder de la comunidad médica, candidato a Doctor en Salud Pública de la Universidad de Harvard, afirma, en primera instancia, que no existe duda que los actos médicos, aún los realizados con las mejores intenciones, pueden producir una serie de resultados adversos⁴¹.

En todo caso, advierte que si para algo está diseñada la medicina es para hacer el bien y nunca para generar daño, con lo cual deja entrever que no se siente muy satisfecho con la parte resolutive de la providencia. Afirma que las infecciones intrahospitalarias, que actualmente son mejor conocidas como infecciones asociadas al cuidado de la salud (IAAS), definitivamente son un evento adverso a

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ VILLANUEVA, Álvaro. *Fallo histórico por infecciones intrahospitalarias*. Columna de 21 de noviembre de 2013. Disponible en www.elheraldo.co recuperado el 27 de febrero de 2016.

la práctica médica, es decir, tienen la entidad suficiente para producir lesión o daño no intencional, que es producto de la misma atención en el centro asistencial y no de la enfermedad con la cual ingresa el paciente. Para demostrar la incidencia de esta clase de infecciones en la muerte de los pacientes, afirma que entre el 5 y el 10% de ellos, en condiciones de hospitalización, sufren IAAS, lo cual arroja como resultado más de cien mil muertes al año, solo en los Estados Unidos⁴².

Y arroja un dato impresionante, que pone en entredicho el sustento empírico del fallo analizado: las infecciones adquiridas durante la atención en salud no son prevenibles en el 70% de los casos. Es decir, la posibilidad de adquirir una infección en el nosocomio puede deberse a múltiples factores y circunstancias, entre las que destacan el estado del paciente, las condiciones espaciales del sitio de atención, el cumplimiento de reglas, medidas sanitarias, reglamentos, protocolos, recomendaciones, entre otras.

Recuerda que en los fundamentos de la sentencia del Consejo de Estado se dijo que: *“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 controlables⁴³”*. Este académico afirma, con extrañeza, que el fallo del Consejo de Estado encontró algo nuevo en lo que desde hace mucho tiempo los trabajadores de la salud venían trabajando: se deben controlar las infecciones porque las mismas son una de las causas más frecuentes de muerte.

Es decir, el académico se inquieta con la presunta innovación de la Corporación, pero deja ver que no encuentra nada de novedoso en ese descubrimiento. Afirma que sin saber muy a fondo cuál fue la asesoría médica y científica que el Consejo de Estado tuvo, lo que sí es cierto es que quiere transmitir la idea de que con una

⁴² *Ibidem*.

⁴³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 29 de agosto de 2013, expediente 30283. C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourt. p. 24.

orden judicial las infecciones tenderán a desaparecer. Afirma que juzgar al Instituto de Seguros Sociales o a Caprecom, por ser entidades ineficientes y corruptas, es algo bastante redundante, máxime cuando el mismo Gobierno ha dispuesto que ellas sean las encargadas⁴⁴.

Sostiene que aunque el fallo haya sido en Derecho, la responsabilidad que se le imputa al hospital se erige frente a un tipo de enfermedades que el propio Consejo de Estado desconoce, lo que desembocará en que la misma se traslade al médico simplemente como una conducta irresponsable y/o negligente. Del mismo modo, afirma que un fallo es insuficiente para que las EPS o IPS cumplan de forma seria y diligente con los requerimientos de los pacientes y constituye un intento antijurídico de minimizar la realidad del sistema de salud.

Asimismo, ignorar que la mayoría de infecciones nosocomiales no se pueden controlar, es dejar de lado los elementos estructurales del sistema de salud y del ejercicio médico en sí mismo considerado. Es juzgar a los médicos como si ellos no tuviesen un componente ético y científico, o peor aún, es pensar que los médicos son ruedas sueltas, inquebrantable y sin ningún tipo de control como, por ejemplo, un comité de ética médica o comités científicos independientes. Según Villanueva, el mensaje que la sentencia envía es que los médicos son responsables de su propio invento, aprender a curar a los demás a través del rigor y la formación prolongada que la mayoría de jueces ignora. Afirma que mágicamente, el Consejo de Estado, con el fallo examinado, descubre cuál es la fórmula para que las infecciones se acaben⁴⁵.

El representante de la Asociación Colombiana de Infectología le reclama al Consejo de Estado por qué no se cuestionó sobre cómo actúan las Empresas Promotoras de Salud y en general las Instituciones que carecen del personal debidamente capacitado en infectología y control de infecciones; además,

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*.

recuerda qué sucederá con las clínicas de garaje existentes, así como el papel que las asociaciones médicas y universidades juegan en dicho proceso. Si realmente el fallo del Consejo de Estado hubiese querido trascender en sus aspiraciones de corregir la práctica médica en materia de infecciones, mejor hubiera sido que se pronunciara sobre el monopolio de las EPS y si verdaderamente la Superintendencia está cumpliendo a cabalidad o no con sus funciones. En últimas, el Consejo de Estado tuvo que haberse pronunciado sobre una eventual Reforma a la Salud y sus consecuencias:

La Asociación Colombiana de Infectología (Acin) rechaza el fallo en sus recomendaciones y lo califica de equivocado, porque las infecciones asociadas al cuidado de la salud no son absolutamente prevenibles, y aunque es factible reducirlas, llevarlas a cero es imposible, incluso en los escenarios más evolucionados del mundo. Los miembros de Acin nos colocamos a la disposición del Consejo de Estado, para asesorarlos en decisiones que beneficien a las comunidades, que nos impidan no atender pacientes por el temor a una sanción⁴⁶.

5.3. Marco conceptual.

Infección nosocomial o intrahospitalaria.

Según la Organización Mundial de la Salud (2010), este tipo de infecciones también son conocidas como Infecciones Asociadas a la Atención Sanitaria (IAAS), y se definen como:

Infecciones contraídas por un paciente durante su tratamiento en un hospital u otro centro sanitario y que dicho paciente no tenía ni estaba incubando en el momento de su ingreso. Las IAAS pueden afectar a pacientes en cualquier tipo de entorno en el que reciban atención sanitaria, y pueden aparecer también después de que el paciente reciba el alta. Asimismo incluyen las

⁴⁶ *Ibidem.*

infecciones ocupacionales contraídas por el personal sanitario. Las IAAS son el evento adverso más frecuente durante la prestación de atención sanitaria, y ninguna institución ni país puede afirmar que ha resuelto el problema. 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 carga de IAAS es varias veces superior en los países de ingresos bajos y medianos que en los países de ingresos altos. Cada día, las IAAS provocan la prolongación de las estancias hospitalarias, discapacidad a largo plazo, una mayor resistencia de los microorganismos a los antimicrobianos, enormes costos adicionales para los sistemas de salud, elevados costos para los pacientes y sus familias, y muertes innecesarias.

Aunque las IAAS son el evento adverso más frecuente en la atención sanitaria, su verdadera carga mundial aún no se conoce con exactitud debido a la dificultad de reunir datos fiables: la mayoría de los países carece de sistemas de vigilancia de las IAAS, y aquellos que disponen de ellos se ven confrontados con la complejidad y la falta de uniformidad de los criterios para diagnosticarlas⁴⁷.

Riesgo terapéutico.

Según Tapia Rodríguez, esta clase de riesgo se puede tratar de definir a partir de múltiples atribuciones conceptuales, que, en todo caso, se pueden reducir de la siguiente manera:

Indudablemente, es un concepto de difícil aprehensión pues se encuentra en el límite entre la actuación libre y la intervención del azar. Algunos elementos comunes pueden extraerse de las innumerables definiciones: a) es un daño causado a la integridad física o psíquica del paciente; b) es un perjuicio ocurrido con ocasión de la ejecución de una prestación médica (una operación, un tratamiento, etc.), cuya causa precisa permanece generalmente desconocida, y c) es un suceso eventual, excepcional (por esto se denomina “riesgo” o “accidente”), provocado en ausencia de todo acto negligente del

⁴⁷ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Carga mundial de infecciones asociadas a la atención sanitaria. Recuperado de https://www.who.int/gpsc/country_work/burden_hcai/es/ el 15 de mayo de 2019.

médico. Ejemplos de riesgos terapéuticos son las infecciones intrahospitalarias (contraídas por el paciente, en el pabellón de operaciones o por el hacinamiento en las salas); algunas afecciones iatrogénicas que provocan daños al paciente (sobre todo, las reacciones inusuales a un tratamiento o a un medicamento); una parálisis total o graves trastornos nerviosos generados por una operación inofensiva; el deceso consecutivo a la aplicación de una anestesia, etc.

Estadísticamente estos riesgos terapéuticos son en cierta medida previsibles: ocurren, desgraciadamente, a un determinado número de pacientes cada año; pero, en el estado actual de la ciencia médica, parecen simplemente inevitables. Como se trata de sucesos eventuales, escapan al dominio o control del médico y, por ello, un accidente médico puede producirse con ocasión de un error inevitable de conducta de éste. La intervención del azar en la realización de estos accidentes se demuestra porque generalmente sus efectos se presentan como anormales, esto es, no dicen relación con el estado anterior del paciente o su evolución previsible, y son diversos a aquellos que habría provocado el simple fracaso del tratamiento. Por esto, François Chabas ha concluido que el riesgo terapéutico es simplemente un accidente debido no al comportamiento culpable del médico sino a la fatalidad. Así, como señala este autor, cabe preguntarse si al volver responsable al médico de estos accidentes se pone a su cargo ya no una obligación de resultado sino los efectos de la fuerza mayor⁴⁸.

Análisis económico del derecho.

Según García y Zavala el análisis económico del derecho (AED) es una forma de estudiar el derecho que se distingue de las formas tradicionales. A través de esta forma de análisis, se aplican los métodos y se usan las herramientas propias de la economía para determinar las diferentes connotaciones de los sistemas normativos a partir del criterio general de eficiencia:

⁴⁸ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales. En: Revista de Derecho (Valdivia), Vol. 15, N° 2 (diciembre 2003); p. 75-111.

La primera cuestión a resolver es señalar por qué la economía sí sirve, para entonces aplicarla al estudio de sistemas normativos. Una definición tradicional de economía es la que la describe como ciencia de la elección racional en la que individuos con determinados objetivos maximizan su utilidad minimizando sus costos, dados los recursos escasos. Partiendo de esta definición podemos decir que el AED también presupondrá esta racionalidad de los individuos, lo que nos lleva a la interrogante de si la racionalidad que suponemos del individuo es absoluta. Al respecto debemos decir que no existe evidencia empírica que demuestre que los individuos actuamos en todo momento de forma racional, es decir, se acepta que los individuos actuamos de forma irracional en determinadas ocasiones. Sin embargo, sabemos que sí existe evidencia empírica de que los individuos, si bien no nos comportamos de forma racional en todo momento, también lo es que sí lo hacemos la mayor parte del tiempo. En este sentido, suponiendo que los comportamientos racionales se pueden predecir y los irracionales no, con que actuemos por lo menos la mitad del tiempo en forma racional entonces estaremos en posibilidad de predecir el comportamiento de los individuos por lo menos la mitad del tiempo (lo que es mejor que nada). Dicho lo anterior la respuesta a la pregunta de ¿para qué sirve la economía? es: la economía sirve para predecir el comportamiento de individuos racionales que, en respuesta a los costos impuestos a su actuar modifican sus conductas. Suponiendo el comportamiento racional real de estos individuos podemos decir que la economía sí sirve para predecir por lo menos algunas de las conductas de los individuos.

Así, con el AED se pretende entender sistemas jurídicos analizando las consecuencias que estos producen en un mundo en el que individuos racionales ajustan su actuar a las reglas que los rigen. El enfoque económico se da en dos direcciones, por una parte, es una forma de evaluar las reglas jurídicas, de decidir qué tanto ayudan a conseguir el objetivo para el cual fueron creadas y por otra parte al considerar a la norma como herramienta para lograr propósitos, es decir, como normas que generan distintas clases de incentivos en sus destinatarios, decidir y proponer las reformas necesarias

para que se logren los objetivos del sistema de manera eficiente. A estos dos enfoques se les conoce en la literatura como análisis positivo el primero y normativo el segundo.

El AED parte del supuesto que todos y cada uno de los individuos se comportan de tal forma que buscan maximizar sus beneficios. Sin embargo, al hacerlo necesariamente tienen que considerar la existencia de estructuras tales como los sistemas normativos, actuando estos últimos como restricciones a su actuar. Por otra parte, el derecho es un sistema a través del cual se pretende la realización o no realización de ciertas conductas por parte de los individuos, es decir, el derecho restringe o estimula determinadas conductas. Es así como el AED sugiere que las reglas legales deben ser juzgadas tomando en consideración la estructura de incentivos que crean y por las consecuencias que esto genera en el comportamiento de individuos que en respuesta a esos incentivos modifican su comportamiento.

El enfoque económico presupone la racionalidad del individuo, haciendo notar que esta racionalidad se presupone del individuo en particular y no de una colectividad, ya que existen en el mundo real varios ejemplos que denotan que las colectividades no actúan de forma racional debido, precisamente, al hecho de que los individuos que conforman estas colectividades al momento de tomar sus propias decisiones toman en cuenta sólo sus costos y beneficios y no los de la colectividad en su conjunto⁴⁹.

5.4. Marco legal.

Aunque la investigación se erige a partir de un análisis transversal de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado frente al tema de la responsabilidad médica a nivel general, las enfermedades intrahospitalarias a nivel específico y la teoría del riesgo excepcional en un intervalo comprendido entre

⁴⁹ GARCÍA, Adriana y ZAVALA, Dirk. ¿Qué es el análisis económico del derecho?, recuperado de <http://derechoenaccion.cide.edu/que-es-el-analisis-economico-del-derecho/> el 15 de mayo de 2019.

1997 y 2017, lo cual comprender un universo de más de cincuenta fallos, lo cierto es que el eje conceptual del trabajo gira entorno a las siguientes sentencias:

- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 12 de 2011, expediente 19835. C.P. Dr. Hernán Andrade Rincón.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 8 de junio de 2011, expediente 17990. C.P. Dra. Gladys Agudelo Ordóñez.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 19 de abril de 2012, expediente 21515. C.P. Dr. Hernán Andrade Rincón
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 28 de septiembre de 2012, expediente 22424. C.P. Dra. Stella Conto Díaz del Castillo.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 22304. C.P. Dr. Enrique Gil Botero.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A, sentencia de 27 de junio de 2012, expediente 21661. C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A, sentencia proferida el 7 de noviembre de 2012, expediente 26124.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. sentencia de 29 de mayo de 2013, expediente 28483.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B, sentencia de 29 de agosto de 2013, expediente 30283. C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourt.

- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de 30 de abril de 2014, expediente 28214, M.P. Danilo Rojas Betancourt.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de junio de 2014, expediente 27089. C.P. Dr. Hernán Andrade Rincón.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 29 de septiembre de 2015, expediente 21774. C.P. Danilo Rojas Betancourt.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 25 de mayo de 2017, expediente 22015, M.P. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 8 de septiembre de 1998, expediente 5143. M.P. Dr. Pedro Lafont Pianetta.
- COLOMBIA. MINISTERIO DE SALUD. Resolución N° 1446 de 2006. Anexo Técnico.
- COLOMBIA. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. Sala de Descongestión. Sección Tercera. Sentencia de 22 de diciembre de 2004

5.5. Marco contextual.

Como se ha advertido, el epicentro de la investigación lo constituye el fallo de 29 de agosto de 2013, expediente 30283 proferido por la Sección Tercera del Consejo de Estado a través del cual se consolida un criterio jurisprudencial antecedente frente al régimen de imputación que es aplicable a la Administración por los daños generados a través de enfermedades nosocomiales. Sin embargo, para poder afirmar si ese fallo es o no el origen de una línea jurisprudencial sólida y coherente frente al particular, es necesario analizar varios factores conceptuales

presentes en ciertas sentencias desde el año 1997, así como la confirmación actual del criterio según el cual los daños generados por la enfermedad nosocomial es posible imputarlos a través de la teoría del riesgo excepcional, cuestión que se verifica a partir de fallos de 2014, 2015 y 2017, respectivamente. Desde el punto de vista espacial, al analizar la jurisprudencia del Consejo de Estado, máximo tribunal de lo contencioso administrativo, la investigación tiene alcance nacional.

6. Diseño metodológico.

6.1. Metodología.

El método utilizado en el trabajo será el analítico-hermenéutico, es decir, interpretar las distintas sentencias. Se tendrán en cuenta factores como la disponibilidad de los derechos fundamentales; el escaso análisis económico del Derecho que se hace en la sentencia de 29 de agosto de 2013, expediente 30283, de la Sección Tercera, referenciando de forma fragmentaria el sistema indemnizatorio francés completamente disímil al colombiano; el abandono a la postura histórica del riesgo excepcional que legitima, sin quererlo, la no prestación de servicios médicos so pena de incurrir en responsabilidad.

Todos ellos, según la comunidad médica que también reacciona a la sentencia, dan muestra de la poca asesoría técnica y jurídica que la Sección Tercera tuvo a la hora de proyectar la decisión, ya que las más reconocidas asociaciones médicas han demostrado cómo la posición central de la Corporación, esto es, la prevención de las infecciones nosocomiales, es una falsedad argumentativa que no se compadece con la realidad, y que, contrario sensu, desincentiva el ejercicio ético del médico quien finalmente es juzgado por un juez que poco o nada conoce de medicina.

El trabajo deja el debate abierto para que sea la misma jurisprudencia del Consejo de Estado la que, en un futuro ojalá no muy lejano, corrija los desatinos de una interpretación conformista del riesgo excepcional cuyo único efecto, es convertir a los jueces en la peor pared para que la actividad idónea del médico pueda ser ejercida; sin mencionar los efectos económicos de fallos como este, que contribuyen, en gran manera, a que la crisis del sistema de salud se agudice e incluso, a que la demanda económica de la víctima se torne ilusoria.

6.2. Tipo de investigación y tipo de estudio.

La investigación es cualitativa de carácter crítico, ya que aborda el tema objeto de estudio, esto es, la responsabilidad del Estado por los daños generados a través de una enfermedad nosocomial o intrahospitalaria, a través de una descripción general de la forma en la que el Consejo de Estado ha tratado la cuestión a través de sus fallos en materia de responsabilidad médica; de manera simultánea, el trabajo va asumiendo una postura propositiva frente al tratamiento jurisprudencial descrito y analizado, de tal manera que se puedan verificar los aciertos y desaciertos de la Corporación frente al tratamiento de este tipo de enfermedades, siempre desde una perspectiva médica. En cuanto al tipo de estudio, se trata de un estudio exploratorio porque no se concentra en resolver el problema a nivel definitivo, sino en fórmulas diversas hipótesis que permitan comprender, en sus rasgos generales, los motivos que llevan al Consejo de Estado a aplicar un régimen objetivo de responsabilidad frente a cuestiones médicas, rompiendo con ello una tradición de falla del servicio.

6.3. Fuentes de información.

Son dos, básicamente. Una fuente bibliográfica, a partir de la adquisición de varios ejemplares físicos que tratan con buen detalle el tema objeto de estudio; y una fuente jurisprudencial, de carácter principal, que se encuentra en la Relatoría del Consejo de Estado, a través de su página web.

6.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.

Al ser una investigación que se concentra en el análisis jurisprudencial, los datos que se utilizan se extraen a partir de una lectura detallada de cada una de las sentencias reseñadas en el marco legal y otras complementarias, para lo cual se utiliza la técnica hermenéutica de determinación de la ratio decidendi y los hechos relevantes de cada caso, ya que para efectos de lo que se pretende, es necesario establecer relaciones claras entre la parte fáctica y jurídica de la imputación.

7. Propuesta capitular.

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO I: PANORAMA GENERAL DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO.

CAPÍTULO II: JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ENFERMEDADES INTRAHOSPITALARIAS.

CAPÍTULO III: TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA TEORÍA DEL RIESGO EXCEPCIONAL.

CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE 29 DE AGOSTO DE 2013 A TRAVÉS DE LA CUAL EL CONSEJO DE ESTADO APLICA DE FORMA INTEGRAL LA TEORÍA DEL RIESGO EXCEPCIONAL A LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ENFERMEDADES INTRAHOSPITALARIAS.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

8. Recursos disponibles.

Por el tipo de investigación de que se trata, la misma hallará su principal fuente en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, destacando la sentencia de 29 de agosto de 2013, expediente 30283, la cual, a juicio de la autora, implica un giro en la visión que se tenía del régimen aplicable a la responsabilidad médica de carácter oficial. Así las cosas, se tiene claro que el principal recurso de la investigación es el bibliográfico, puesto que las sentencias que se van a analizar se hallan en el portal web oficial del Consejo de Estado. Desde el punto de vista humano, la investigación se bastará con el trabajo de sus autores.

9. Cronograma.

Actividad	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	junio	Julio- Agosto
Rad. Proyecto.	X					
Aprobación.			X			
Recolectar información.			X			
Clasificación de la información.			X	X		
Análisis y confirmación de hipótesis.				X	X	
Rad. Informe Final.						X

Aprobación.						X
Sustentación oral.						X

CAPÍTULO I: PANORAMA GENERAL DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO.

La responsabilidad médica sigue siendo uno de los temas que más polémica y debate judicial provoca, no solo en el plano de la responsabilidad del Estado sino en términos de responsabilidad civil. Los problemas jurídicos que se presentan en virtud de este hacen parte de una transformación del concepto de medicina, la cual era entendida desde una visión estrictamente paternalista que situaba al médico y al paciente en una relación completamente vertical; ese cambio se debe a la llegada de exigencias jurídicas tales como el consentimiento informado, así como la aplicación ponderada de los avances científicos en el tratamiento de las enfermedades⁵⁰.

La trascendencia del consentimiento informado no es gratuita, ya que convierte la relación médico-paciente en una dinámica que se sustenta en la autonomía y dignidad humana del segundo. La persona humana se convierte en el epicentro de la actividad médica hoy, la cual, si ha de fallar, tiene que ser con base en un sustento de imputación sólido que dé cuenta del riesgo inherente al ejercicio de la medicina y las complicaciones habituales en ciertos procedimientos de este tipo, de modo que se pueda armonizar la actividad del médico—adicional a la dignidad del paciente—con los postulados de equilibrio frente a otros derechos fundamentales⁵¹.

Frente al desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad médica en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, se han aplicado toda clase de fundamentos de imputación, que parecen haber concluido en un reconocimiento expreso del rigor científico que la práctica médica debe traer consigo, al punto que en ciertos casos se descarta el uso de un medio de prueba para establecer el nexo causal en

⁵⁰ RUIZ OREJUELA, Wilson. *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*. ECOE Ediciones. Segunda Edición. Bogotá D.C., 2013, p. 197.

⁵¹ *Ibidem*.

cabeza del demandante, siempre que pueda deducirse con suficiente solidez por parte del juez, para el cual sería suficiente la probabilidad de su existencia⁵².

Los avances tecnológicos en el campo de la medicina son irrefutables, su finalidad siempre ha estado ligada a la optimización de los procedimientos en procura de facilitar el ejercicio del médico y su equipo de trabajo de tal manera que se puedan garantizar más resultados acertados; sin embargo, los eventos dañosos se siguen presentando recurrentemente en los hospitales y centros de salud del Estado, estando siempre relacionados con la carencia de insumos, el poco personal especializado, la inestabilidad laboral de quienes sí lo son, los bajísimos salarios, la poca preparación del personal contratado, así como descuidos y negligencias intolerables en la atención, sumado todo ello a la escasez de recursos para la modernización y adecuación de los centros asistenciales, a la sobreoferta profesional y a los limitados niveles de complejidad que existen en la mayoría de centros asistenciales del país.

Ruiz Orejuela plantea que todo este panorama no muy alentador provoca que se sigan presentando casos de agravamiento de pacientes, cuya salud se deteriora hasta la muerte en las salas de urgencias, donde esperan horas y horas para ser atendidos o trasladados a un centro de mayor complejidad; el contexto también arroja pacientes que luego de intervenciones quirúrgicas presentan secuelas que no fueron advertidas o que no tienen ninguna relación causa/efecto con el procedimiento llevado a cabo, sino que se trata de invasiones erradas en el organismo; eventos en los cuales los pacientes presentan síntomas propios del abandono de material quirúrgico en su cuerpo; pacientes cuyo diagnóstico y tratamiento es sumamente errado, lo cual provoca que su salud se deteriore debido a los errores que se evidencian en el procedimiento seguido por el personal de asistencia médica⁵³.

⁵² *Ibidem.* p. 205.

⁵³ *Ibidem.*

Todas estas situaciones, según el doctrinante referenciado, son las que debe enfrentar a diario la jurisprudencia contencioso-administrativa en materia de responsabilidad médica, debido a la recurrencia con la que dichos eventos se materializan y frente a los cuales se han tenido que hacer grandes esfuerzos con el fin de aclarar realmente qué fue lo que sucedió, de modo que la indemnización que se vaya a reconocer sea coherente con el daño ocasionado por el Estado.

Ruiz Orejuela, tratando de explicar cada uno de los regímenes de responsabilidad utilizados en temas de carácter médico, aborda la discusión con una afirmación fundamental para el posterior desarrollo de este trabajo: la responsabilidad por el servicio médico a cargo del Estado siempre se ha enmarcado dentro del régimen subjetivo, es decir, dentro de lo que se conoce como falla del servicio, donde el elemento principal es la culpa⁵⁴. No de otro modo se podría afirmar que la medicina y su ejercicio implican un alto grado de pericia, idoneidad y responsabilidad profesional, siempre dentro de lo que se ha denominado la *lexartismédica*, es decir, el empleo de todos los elementos cognitivos, éticos y científicos que procuran un mejor resultado, sin que le sea dado al profesional de la salud garantizarlo ya que la medicina siempre será de medios y no de resultado, cuestión que impidió durante mucho tiempo que se presumiera la falla del servicio cuando se constataba la mera existencia del daño⁵⁵.

Es de recordar, que la falla en el servicio tiene tres elementos basilares: i) el daño antijurídico que padezca el que está interesado en su demostración; ii) la falla propiamente dicha, esto es, que el servicio sea prestado en condiciones defectuosas, o que no funcionó cuando ha debido hacerlo, o que lo hizo pero de

⁵⁴ *Ibidem.* p. 206.

⁵⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencias de 7 de octubre de 1991, 13 de septiembre de 1991 expediente 6253, 24 de octubre de 1990, expediente 5902, 30 de junio de 1992, Expediente 6897, entre otras.

manera tardía o errada y iii) la relación de causalidad entre los dos elementos, es decir, la verificación de que el daño se produjo a raíz de la falla⁵⁶.

Ruiz sostiene que, en primera instancia, el sistema de la falla probada fue el que se aplicó tanto para los errores de tipo hospitalario como para los errores médicos. No obstante, hacia el año 1992 esta visión cambió y al demandante se le conservó la exigencia de probar las fallas hospitalarias por los errores en la prestación del servicio, junto con los daños inherentes a las irregularidades u omisiones por parte de la institución que prestara el servicio⁵⁷.

En esa oportunidad, el Consejo de Estado precisó que la responsabilidad civil cuya declaratoria se pretende respecto a los hospitales públicos es de carácter extracontractual, cuyo sustento filosófico y teórico se desprende del artículo 49 constitucional que consagra la salud como un servicio público a cargo del Estado, el cual se presta directamente o a través de particulares bajo su supervisión. El régimen de responsabilidad extracontractual del Estado se extiende tanto a los médicos de las instituciones públicas que presten servicios de salud y a la institución misma⁵⁸.

Posteriormente, sin abandonar el elemento esencial de la falla para invocar la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico, surgió en el Consejo de Estado la tesis de la falla inferida⁵⁹, que se conformaba con aceptar la prueba de la falla del servicio mediante la verificación de las circunstancias que rodearon el caso concreto, a partir de las cuales el juez pudiese deducir que efectivamente ella había ocurrido. Esto se conoció como falla virtual y con ella se dio paso a la aplicación del principio “las cosas hablan por sí solas” o *res ipsa loquitur*.

⁵⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 11 de 2006, expediente 14400. C.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

⁵⁷ RUIZ OREJUELA, Wilson. Óp. Cit. p. 206.

⁵⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de abril de 2002, expediente 13227. C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁵⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 14 de febrero de 1992 y Auto de 10 de junio de 2004, expediente 25416. C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque.

De forma adicional, surge el régimen de la falla presunta, en donde la carga de la prueba se invertía en favor del demandante, quedando en manos de la entidad demandada la obligación de acreditar la correcta prestación del servicio. Su fundamento lo basaba en la presunción del rigor científico que tenía la prueba del servicio médico y que sólo era susceptible de ser explicado en el trámite del proceso por parte de los profesionales médicos de la entidad accionada; el demandante sólo debía acreditar el daño y el nexo causal, mientras que el demandado, en su defensa, que había actuado con completa diligencia en los procedimientos suministrados al paciente:

“(…) Ahora bien, por norma general le corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados con la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales o institucionales etc., en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables, para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicas profesionales sobre los cuales se edifican los cargos que por imprudencia, negligencia o impericia formula en el ejercicio de una determinada acción judicial, contra una institución encargada de brindar servicios médicos u hospitalarios. Sin duda, resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general, resolver esta clase de conflictos, si en lugar de someter al paciente, normalmente el actor o sus familiares, a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueron estos, los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan. Podrán así los médicos exonerarse de responsabilidad y con ello los centros clínicos oficiales que sirven al paciente, mediante la comprobación, que para ellos, se repite, es

más fácil y práctica, de haber actuado con la eficiencia, prudencia o idoneidad requeridas por las circunstancias propias del caso concreto, permitiéndose al juzgador un mejor conocimiento de las causas, procedimientos, técnicas y motivos que llevaron al profesional a asumir determinada conducta o tratamiento. Esta, por lo demás, es la orientación moderna de algunas legislaciones, que pretenden en los casos de profesionales liberales atribuir a estos la carga de la prueba de haber cumplido una conducta carente de culpa. Precisamente, en relación con el tema comentado y su consagración en el “Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial” de Argentina, el profesor AUGUSTO M. MORELLO en su obra “La Prueba. Tendencias Modernas” escribe:

“1) En consonancia con las ideas hoy predominantes, se ha desplazado el eje de referencia hacia el consumidor jurídico—quien es el que recaba la tutela jurisdiccional—más que colocarlo en el vértice del operador (juez o abogado) del fenómeno litigioso involucrado. “2) Responde solidariamente a la más conveniente función razonablemente posible, del lado del consumidor e, igualmente, del lado del profesional accionado, con los concurrentes beneficios para el órgano destinatario de la prueba. “Si como con acierto se ha puntualizado, en principio y como regla, no es otro que el médico y no el enfermo el que mejor conoce “cuál fue la situación al comienzo de la atención, qué terapia era la más conveniente de acuerdo con el diagnóstico, qué dificultades se presentaron, con qué medios técnicos disponían, cuáles fueron las causas probables de la frustración, qué rol le cupo a la entidad sanatorial”, la norma insinuada recoge esa evidencia de la situación real para reglamentarla en la asignación de un deber de cooperación que no significa, de por sí, atribuir culpa en el obrar del médico en el caso. “3) Los dos anteriores se enlazan, así mismo, con la incidencia económica que tanto CALABRESI como ALPA en su contexto más global y reparando en la

dimensión social que lleva hoy la mayoría de los fenómenos jurídicos, advierten con claridad⁶⁰ (...)”

En una etapa posterior, el Consejo de Estado decide analizar los casos de falla médica bajo el principio de *las cargas probatorias dinámicas*, es decir, dependiendo en cada situación cuál de las dos partes tiene mejores posibilidades de demostrar que la falla en el servicio realmente ocurrió:

“(...) Más recientemente, la Sala ha considerado que la presunción de falla en los casos de responsabilidad médica se deriva de la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba y por lo tanto, dicha presunción no debe ser aplicada de manera general sino que en cada caso el juez debe establecer cuál de las partes está en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia. Las dificultades que afronta el demandante en los eventos de responsabilidad médica, que han motivado, por razones de equidad, la elaboración de criterios jurisprudenciales y doctrinales tendentes a morigerar dicha carga, no solo se manifiestan en relación con la falla del servicio, sino también respecto a la causalidad. En cuanto a este último elemento, se ha dicho que cuando resulte imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación, “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia”, es decir, que la relación de causalidad queda probada “cuando los elementos de juicio suministrados conducen a “un grado suficiente de probabilidad (...) En síntesis, puede afirmarse que en muchos eventos el demandante puede ser relevado por el juez de acreditar la falla del servicio médico, en aplicación del principio de la carga dinámica de la prueba o bien a través de una inversión de la carga de la misma, en consideración al alto grado de dificultad que representa para este acreditar hechos de carácter científico o realizados en condiciones en las cuales únicamente el profesional médico pueda tener acceso a la información.

⁶⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 30 de julio de 1992, expediente 6897. C.P. Dr. Daniel Suárez Hernández.

De igual manera, en algunos eventos no se requerirá que la prueba aportada por el demandante genere certeza sobre la existencia de la relación causal, pues en consideración a la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados, el juez puede darla por establecida con la alta probabilidad de su existencia, que conduciría al establecimiento de una nueva causal virtual. En todo caso, para que proceda la declaración de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico, el demandante debe acreditar la prestación del servicio médico asistencial o la omisión de dicha asistencia cuando esta ha sido requerida y existía el deber de prestarla; así como el daño sufrido por esa causa. De acuerdo con los criterios jurisprudenciales reseñados, la causalidad debe ser siempre probada por la parte demandante y sólo es posible darla por acreditada con la probabilidad de su existencia, cuando la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos involucrados o la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación impidan obtener la prueba que demuestre con certeza su existencia⁶¹”

En todo caso, el Consejo de Estado en su Sección Tercera ha reconocido que van a haber casos donde la inversión de la carga de la prueba se admita sin mucha dificultad respecto al personal médico y en ese orden de ideas, la presunción de la falla ha de aplicarse; habrá otros eventos donde cada una de las partes tendrá la capacidad para demostrar los hechos objeto de debate⁶² e incluso, existirán otros en donde se acreditarán ciertos hechos que hacen parte como tal de la falla pero que son el resultado de la prueba indiciaria, es decir, se infieren a partir de hechos debidamente acreditados dentro del proceso judicial:

“(…) Observaciones que se refieren a las dificultades que ofrece para el demandante la demostración de la falla en el servicio, se han hecho respecto de la prueba de la relación de causalidad existente entre el hecho de la entidad demandada y el daño del cual resultan los perjuicios cuya

⁶¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de marzo 22 de 2001, expediente 13284. C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque.

⁶² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 22 de 2008, expediente 26427. C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

indemnización se reclama. En efecto, también en ello están involucrados elementos de carácter científico, cuya comprensión y demostración resulta, en ocasiones, muy difícil para el actor. Por esta razón, se ha planteado un cierto aligeramiento de la carga probatoria del demandante, a quien, conforme a lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, corresponde demostrar los supuestos de hecho del artículo 90 de la Constitución Política, que sirve de fundamento a sus pretensiones. Lo anterior puede observarse en las sentencias del 3 de mayo de 1999, expediente 11169 y en la sentencia de 7 de octubre del mismo año, expediente 12655. Se observa que, en tratándose de la relación de causalidad, no se plantea la inversión—ni siquiera eventual—del deber probatorio, que sigue estando, en todos los casos, en cabeza del demandante. No se encuentra razón suficiente para aplicar, en tales situaciones, el citado principio de las cargas probatorias dinámicas. Se acepta, sin embargo, que la demostración de la causalidad se realice de manera indiciaria, siempre que, dadas las circunstancias del caso, resulte muy difícil—si no imposible—para el demandante, la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar. En la valoración de estos indicios tendrá especial relevancia el examen de la conducta de las partes, especialmente de la parte demandada, sin que pueda exigírsele, sin embargo, que demuestre en todos los casos cuál fue la causal del daño, para establecer que la misma es ajena a su intervención. En efecto, dadas las limitaciones de la ciencia médica, debe aceptarse que, en muchas ocasiones, la causa de la muerte o el empeoramiento del paciente permanecen ocultas, aun para los propios médicos. Por lo demás, dicha valoración debe efectuarse de manera cuidadosa, teniendo en cuenta que—salvo en casos excepcionales, como el de la cirugía estética y el de la obstetricia, entre otros, que han dado lugar a la aplicación de regímenes de responsabilidad más exigentes para el demandado—los médicos actúan sobre personas que presentan alteraciones de la salud, lo que implica el desarrollo de diversos procesos en sus organismos, que tienen evolución propia y, sin duda, en mayor o menor grado, inciden por sí mismos en la modificación o agravación de su estado, al margen de la intervención de aquellos. Solo resta advertir que el análisis de la causalidad debe proceder

siempre al de la existencia de la falla del servicio, en los casos en que esta se requiere para estructurar la responsabilidad de la entidad demandada⁶³ (...)”

Actualmente la jurisprudencia del Consejo de Estado ha retomado el régimen de la falla del servicio probado en los casos de responsabilidad médica, abarcando el campo de la obstetricia, que anteriormente se venía tratando bajo el régimen de imputación de responsabilidad objetiva al considerarse que de su ejercicio emanaba una obligación de resultado. Se retoma el concepto de la prueba de la culpa en cabeza del demandante, ya que al interior de la Sección Tercera hubo muchos debates por el uso de la teoría de la carga dinámica de la prueba, ya que para varios consejeros, alteraba las reglas probatorias establecidas por la ley:

“(..). Así mismo se indicó que por no tener consagración legal, el principio de las cargas dinámicas de la prueba desconocía el artículo 177 del C.P.C y entonces cuando se requería el empleo del mismo, con fundamento en el principio de equidad que emerge del texto constitucional, el juez debía acudir a la figura de excepción de inconstitucionalidad y en el caso concreto inaplicar (sic) dicha norma legal, para así trasladar la carga de la prueba la contraparte. La referida práctica jurisprudencial fue objeto de algunos reparos, que se centraron básicamente en señalar que la definición de cuál era la parte que se encontraba en mejores condiciones de aportar las pruebas al proceso no debía hacerse al momento de proferir la sentencia sino en el auto de apertura al debate probatorio, so pena de sorprender a las partes cuando ya no tenían oportunidad de ejercer su derecho de defensa aportando nuevas pruebas y, a su vez, la práctica indicaba que al momento de proferir el mencionado auto, el juez no contaba aún con los elementos que le permitieran establecer quién debía probar determinado supuesto de hecho. Como respuesta a dichas objeciones, los defensores de la teoría de las cargas dinámicas de la prueba argumentaron que el deber de lealtad de las partes en el proceso les exige aportar todos los medios con los que cuentan para arribar a la verdad de lo ocurrido, y por lo tanto, si alguna de las partes faltaba a ese deber, el juez, en

⁶³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de junio 14 de 2001, expediente 11901. C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

la sentencia, podría hacer correr a la parte negligente con las consecuencias negativas de su descuido probatorio. Frente a lo anterior, la Sala recientemente consideró que no era necesario alterar las reglas probatorias legalmente establecidas, para generar consecuencias adversas para la parte que hubiere faltado al deber de lealtad procesal, pues el mismo ordenamiento jurídico—artículo 249 del C.P.C—prevé que el juez puede deducir indicios de la conducta procesal de las partes. Así, el daño derivado de la actividad médica, era necesario acreditar todos los elementos de la responsabilidad—el daño, la falla en el servicio y el nexo causal entre estos—para lo cual el juez debía ser particularmente acucioso y valorar todos los elementos probatorios legalmente aceptados, entre los cuales los indicios cobrarían especial relevancia, en tanto que podrían ser construidos a partir de las pruebas del expediente y de la conducta misma de las partes. También se precisó que en ciertas oportunidades, las reglas de la experiencia serán de gran utilidad, ya que ciertos eventos dañinos—abandonar una gasa o un bisturí en el interior del cuerpo de un paciente—sólo podrían derivarse de conductas constitutivas de falla en el servicio. Esta última es la tesis que impera actualmente en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁶⁴.

(...)

En casos como el presente en donde se discute la responsabilidad de los establecimientos prestadores del servicio de salud la Sección ha establecido que el régimen aplicable es el de la falla en el servicio, realizando una transacción entre los conceptos de la falla presunta y falla probada, constituyendo en la actualidad posición consolidada de la Sala en esta materia según la cual es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el

⁶⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 28 de 2010, expediente 20087. C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez, cita de RUIZ OREJUELA, Wilson. *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*. ECOE Ediciones. Segunda Edición. Bogotá D.C., 2013, p. 211-212.

cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria⁶⁵ (...)”

Ruiz Orejuela reconoce que a través de la prueba indiciaria, el juez puede encontrar la probabilidad de la existencia del nexo causal cuando se esté ante la ausencia de prueba directa, tal como lo ha refrendado la jurisprudencia del Consejo de Estado:

“(...) Es claro, según el mandato del artículo 177 del C.P.C, que la carga probatoria de los supuestos de hecho está radicada en cabeza de la parte que pretende derivar de ellos determinadas consecuencias jurídicas, lo cual implica que, con fundamento en el deber de lealtad procesal que debe inspirar las distintas actuaciones procesales de las partes, estas, tanto en la demanda como en su contestación, expondrán los hechos en los cuales fundamentan sus pretensiones o su defensa y las pruebas que al efecto pretenden hacer valer. En cuanto a la prueba del nexo de causalidad entre la falla del servicio médico asistencial y el daño, establecer el primero de los elementos equivale a llegar a la certeza de que la actuación de la entidad oficial—falla del servicio—constituyó la causa adecuada o eficiente del daño que la víctima busca le sea reparado. Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido constante en señalar, salvo contadas excepciones, que el deber de acreditar el vínculo causal está a cargo de la parte demandante. Sin embargo, cuando no se cuenta con tal prueba directa respecto de la causalidad de la falla del servicio médico asistencial con el daño alegado o cuando aquella no le ofrece al juez un grado pleno de certeza, la jurisprudencia contencioso administrativa ha recurrido también a un aligeramiento de la carga probatoria al respecto y ha empleado medios probatorios indirectos. Dicha tendencia se mantuvo sin mayor novedad hasta el año 1995, oportunidad en la cual el aligeramiento de la carga probatoria del nexo causal se extremó a tal punto, que se indicó que lo que procedía era en realidad establecer una presunción de causalidad adecuada a favor de la víctima y que la misma sólo podía ser

⁶⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 12 de 2011, expediente 19835. C.P. Dr. Hernán Andrade Rincón.

desvirtuada en tanto la parte demandada acreditara una causa fortuita; sin embargo, también se afirmó que la “prueba de la diligencia para destruir dicha presunción no es otra cosa distinta que la demostración de que al paciente se le otorgó una atención adecuada en las mejores condiciones permitidas por el servicio”, es decir, se le exigió al demandado acreditar la inexistencia de una falla del servicio, lo cual no desvirtúa el nexo causal, en tanto que la ausencia del mismo solo acredita mediante la existencia de una causa extraña—hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la propia víctima y fuerza mayor—. Tal posición se reiteró en contadas oportunidades, pero fue finalmente desechada por improcedente, toda vez que además de contradictoria, configuraba un régimen más gravoso para la demandada que el objetivo, en el cual si bien no se analiza la ilicitud de la conducta de la Administración, siempre se exige la presencia contundente del nexo causal entre aquella y el daño⁶⁶ (...)”

Una posición similar, según Ruiz Orejuela, se venía exponiendo en los casos de responsabilidad obstétrica, donde se afirmaba que la responsabilidad era de resultado toda vez que se estaba ante una gestación que seguía los controles médicos con resultados satisfactorios en el normal desarrollo de un embarazo, cuestión que permitía presumir que el parto así como el recién nacido no podían presentar problemas respecto a la vida de la madre, tesis que retornó en su integridad a la postura de la falla probada:

“(...) En relación con la responsabilidad médica en el servicio de obstetricia, la Sala se había inclinado por considerar que en los eventos en los cuales el desarrollo del embarazo haya sido normal y, sin embargo, este no termina satisfactoriamente, la obligación de la entidad demandada es de resultado. No obstante, en providencias más recientes recogió dicho criterio para considerar que los eventos de responsabilidad patrimonial del Estado por la prestación del servicio médico de obstetricia no pueden ser decididos en el caso colombiano bajo un régimen objetivo de responsabilidad; que en tales

⁶⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 28 de 2010, expediente 20087. C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

eventos, la parte demandante no queda relevada de probar la falla del servicio, sólo que el hecho de la evolución del embarazo hubiera sido normal, pero que el proceso del alumbramiento no hubiera sido satisfactorio constituye un indicio de dicha falla. En síntesis, de acuerdo con la tesis que actualmente orienta la posición de la Sala en torno a la deducción de la responsabilidad de las entidades estatales frente a los daños sufridos en el acto obstétrico, a la víctima del daño que pretende la reparación le corresponde la demostración de la falla que acusa en la atención y de que tal falla fue la causa del daño por el cual reclama indemnización, es decir, debe probar: (i) el daño, (ii) la falla en el acto obstétrico y (iii) el nexo causal. La demostración de esos elementos puede lograrse mediante cualquier medio probatorio, siendo el indicio la prueba por excelencia en estos casos, ante la falta de una prueba directa de la responsabilidad, dadas las especiales condiciones en que se encuentra el paciente frente a quienes realizan los actos médicos y se reitera, la presencia de un daño en el momento del parto cuando el embarazo se ha desarrollado en condiciones normales, se constituye en un indicio de la presencia de una falla en el acto obstétrico. No se trata entonces de invertir automáticamente la carga de la prueba para dejarla a la entidad hospitalaria de la cual se demanda la responsabilidad. En otras palabras no le basta al actor presentar su demanda afirmando la falla y su relación causal con el daño, para que automáticamente se ubique en el ente hospitalario demandado la carga de la prueba de una actuación rodeada de diligencia y cuidado. No, a la entidad le corresponderá probar en contra de lo demostrado por el actor a través de la prueba indiciaria, esto es, la existencia de una falla en el acto obstétrico y la relación causal con el daño que se produjo en el mismo, demostración que se insiste puede lograrse a través de cualquier medio probatorio incluidos los indicios, edificados sobre la demostración, a cargo de la parte demandante, de que el embarazo tuvo un desarrollo normal y no auguraba complicación alguna para el alumbramiento, prueba que lleva lógicamente a inferir que si en el momento del parto se presentó un daño, ello se debió a una falla en la atención médica⁶⁷ (...)"

⁶⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de

Lo anterior, sin perjuicio de los principios éticos y bioéticos de la ciencia médica que han venido siendo incorporados por la reciente jurisprudencia en el tema de la responsabilidad patrimonial, cuestión que lleva a juzgar el acto médico no solo en términos científicos, sino respecto a los efectos o consecuencias de la falla médica para la dignidad humana, la libertad y la autonomía sobre el cuerpo, aunque en ciertos casos no implique la agravación de las condiciones de salud del paciente:

“(...) Habida consideración de que la parte demandante imputa el daño que padece al Instituto de Seguros Sociales, en tanto afirma que la amputación de su pierna derecha se produjo como consecuencia de la deficiente prestación en el servicio de salud que le brindó la entidad con ocasión de las heridas que sufrió en el accidente de tránsito ocurrido el 2 de febrero de 1993, la Sala procede a realizar una breve exposición de los criterios jurisprudenciales adoptados de manera más reciente, en materia de responsabilidad patrimonial por los daños derivados de la prestación del servicio médico asistencial. Al margen de las discusiones que se presentan en la jurisprudencia y en la doctrina en relación con el régimen probatorio de los elementos de la responsabilidad patrimonial por los daños que se deriven de la actuación médica del Estado, lo cierto es que existe consenso en cuanto que la sola intervención—actuación u omisión—de la prestación médica debida no es suficiente para imputar al Estado los daños que sufran quienes requieran esa prestación, sino que es necesario que se encuentre acreditado que esa actuación fue constitutiva de falla del servicio y que dicha falla fue causa eficiente del daño. En otros términos, como de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, pero siempre que este le sea imputable al Estado, entonces no es suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportar ese daño para que surja el derecho a la indemnización, sino que se requiere que dicho daño sea imputable a la Administración, y no lo será cuando su intervención aunque vinculada causalmente al daño no fue la causa eficiente del mismo sino que este

constituyó un efecto no previsible o evitable, de la misma afección que sufría el paciente o de otra causa diferente. Ahora, la responsabilidad por la deficiente o nula prestación del servicio médico también puede generar responsabilidad patrimonial al Estado, aunque no se derive un daño a la salud de los pacientes, cuando tales fallas constituyen en sí mismas la vulneración de otros de sus derechos o intereses jurídicos, como el de la prestación eficiente del servicio, o el de la dignidad, o la autonomía y libertad para disponer del propio cuerpo. Recientemente, consideró la Sala que son imputables al Estado los daños sufridos por los pacientes a quienes no se brinde un servicio médico eficiente y oportuno, aunque no se acredite que esas fallas hubieran generado la agravación de las condiciones de su salud, es decir, que la falla en la prestación del servicio se confunde con el daño mismo. De igual manera, consideró la Sala en otra oportunidad, que hay lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por fallas relacionadas con la prestación del servicio médico, cuando se vulneran derechos de las personas como el de la dignidad, la autonomía y la libertad para disponer del cuerpo, cuando no se pide su consentimiento previo para algunas intervenciones, al margen de que los riesgos no consentidos no se materialicen o, inclusive, aun cuando esa intervención no consentida mejore las condiciones del paciente. En síntesis, el Estado puede ser declarado patrimonialmente responsable de los daños que se deriven de la omisión en la prestación del servicio médico o de su prestación deficiente, cuando tales daños se producen como consecuencia de esa omisión o deficiencia; cuando la prestación asistencial no se brinda como es debido, o cuando se vulneran otros derechos o intereses protegidos por el ordenamiento jurídico, aún en eventos en los que dichas prestaciones resultan convenientes a la salud del paciente, pero se oponen a sus propias opciones vitales⁶⁸ (...)

La jurisprudencia actual, según Ruiz Orejuela, también se ha concentrado en definir el concepto del acto médico propiamente dicho y sus actos conexos, ya que en temas de responsabilidad médica la atención no se dirige exclusivamente

⁶⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de junio 09 de 2010, expediente 19074. C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

a los procedimientos médicos específicos, tales como exámenes, diagnósticos, cirugías o medicación, sino todos los actos previos, relacionados y posteriores al acto médico; se habla entonces de un acto médico complejo, integral, que debe ser evaluado en su totalidad si se quiere hacer un juicio de responsabilidad médica acertado:

“(...) Para abordar el caso objeto de análisis, la Sala considera necesario determinar que en este tipo de eventos sobresale el concepto de acto médico considerado como un acto complejo o integral. En ese sentido, el precedente de la Sala viene considerando “(...) en la responsabilidad patrimonial por la falla médica involucra no sólo el acto médico propiamente dicho, que se refiere a la intervención del profesional en sus distintos momentos y comprende particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas, sino que también se refiere a todas aquellas actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención profesional, que operan desde el momento en que la persona asiste o es llevada a un centro médico estatal, hasta que culmina su demanda del servicio, actividades que están a cargo del personal paramédico o administrativo (...)”. Conforme a lo anterior, el daño a establecer debe partir del análisis del acto médico como una actividad compleja que no se agota en un solo momento, sino que se desarrolla con un iter en el que se encuentra involucrada tanto la atención previa (o preventiva), el diagnóstico, el tratamiento, como la atención pre y quirúrgica, la atención post-quirúrgica, y el seguimiento (controles concomitantes y posteriores al tratamiento e intervención)⁶⁹ (...)”

El criterio anterior es determinante para que se pueda consolidar una concausa o una concurrencia de culpas, la cual, sumada a la conducta del paciente, debe significar algo diferente respecto al cumplimiento de ciertos deberes:

“(...) Así mismo, del escrito se puede inferir que una vez el paciente vuelve a las instalaciones del ISS, esta despliega su actividad médico asistencial para

⁶⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 7 de 2011, expediente 22466. C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

mejorar las condiciones de salud del actor. Los anteriores elementos probatorios no permiten la demostración de la relación de causalidad que se pretende derivar entre las secuelas, dolencias y padecimientos alegados por el actor como son cuadros de sangrado, pérdida en la fuerza del ano, originando salida del bolo fecal, “ano hipotónico”, prolapso mucoso, dolores internos, dolores reflejados de caderas y piernas e imposibilidad para la locomoción y la cirugía practicada, sino que por el contrario, la conducta del accionante resulta ser determinante al omitir en su oportunidad, acudir a los controles y valoraciones médicas que habrían sido prescritas por los médicos de la entidad demandada, lo que llevó a este a padecer y sufrir las afectaciones con base en las cuales se pretende endilgar la responsabilidad de la entidad demandada⁷⁰ (...)”

⁷⁰ Ibidem.

CAPÍTULO II: JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ENFERMEDADES INTRAHOSPITALARIAS.

Se estudiará en este capítulo cuál ha sido la posición que la Sección Tercera del Consejo de Estado ha asumido históricamente en lo que se refiere a la responsabilidad patrimonial del Estado por enfermedades intrahospitalarias, insumo que se encuentra en la Sentencia de once (11) de junio de dos mil catorce (2014), Sección Tercera-Subsección A, con ponencia del Dr. Hernán Andrade Rincón⁷¹.

En dicho fallo, sorprendentemente “se recuerda” cómo en el marco de las actividades médico-sanitarias, existen situaciones que se deben regular, según la Corporación, bajo un régimen de responsabilidad objetiva, “por el peligro inherente de algunos procedimientos médico quirúrgicos”, lo cual, de entrada, se torna contradictorio con lo expuesto hasta este momento. El principal ejemplo que plantea el ponente es el de las infecciones intrahospitalarias o nosocomiales, frente a las cuales la Sección Tercera, en una sentencia de 06 de noviembre de 1997⁷², se pronunció por vez primera en el marco de un caso en el que se debatía la responsabilidad de la Administración por la infección que se había producido en el ojo de un paciente, la cual fue contraída en un quirófano mientras se le practicaba una cirugía de cataratas. La infección progresó y el ojo del paciente tuvo que ser extirpado, reemplazándolo por una prótesis. En esta ocasión, la Sala aplicó el título de imputación de la falla presunta del servicio para poder realizar el análisis de la responsabilidad:

“Con la copia de la historia clínica allegada al expediente (f. 7 c. 2) aparece demostrado que Mariela Gutiérrez de Quiroga, quien tenía la condición de afiliada a la entidad demandada, efectivamente fue operada de cataratas en la

⁷¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de junio de 2014, expediente 27089. C.P. Dr. Hernán Andrade Rincón.

⁷² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 6 de noviembre de 1997, expediente 11782. C.P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

clínica Fray Bartolomé de las Casas, por cuenta de la Caja de Previsión Social de Bogotá D.C.; que tres días después de la operación presentó una grave infección y que al no poder controlarse mediante drogas, a la paciente se le extrajo el ojo derecho y se le implantó una prótesis.

Lo anterior evidencia, entonces, de una parte, la existencia de un daño sufrido por la demandada; y de otra, la relación de causalidad del mismo con la intervención que le fue practicada por la entidad demandada, cuya demostración se cumple simplemente acreditando que el daño sufrido ha sido causado como consecuencia del tratamiento o intervención practicada por la demandada, sin que implique la demostración de la causa específica que lo determinó.

(...) A la entidad demandada le correspondía desvirtuar la presunción de falla que obraba en su contra, en virtud de la cual se estimaba precisamente que la infección había ocurrido por su falta de diligencia.

*Si era probable que la infección hubiese ocurrido en la sala de cirugía, como lo admite la propia médica tratante, **la demandada tenía la carga de demostrar las precauciones que allí se tomaron para practicar la operación o al menos explicar cuáles fueron los resultados de las investigaciones que el propio hospital hizo para investigar la causa de la citada infección. Y la falta de dicha prueba, que deja en la indeterminación la causa específica del daño, acarrea como consecuencia que en desarrollo de la presunción jurisprudencial establecida en esta materia, dicho daño se impute a la entidad prestadora del servicio médico***⁷³". (Negrillas originales)

Pasaron más de diez años para que la Sala, en sentencia de 19 de agosto de 2009⁷⁴, volviera a retomar el tema de las infecciones intrahospitalarias o nosocomiales; en dicha ocasión, consideró que estas situaciones debían ser

⁷³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 6 de noviembre de 1997, expediente 11782. C.P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

⁷⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 19 de agosto de 2009, expediente 17333. C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

analizadas dentro del esquema de la responsabilidad objetiva; con fundamento en doctrina y jurisprudencia extranjera⁷⁵, determinó que esas infecciones debían tratarse bajo la órbita del régimen de imputación riesgo excepcional, más que todo cuando se trataba del uso de cosas o el ejercicio de actividades peligrosas dentro del contexto médico-asistencial.

Sin embargo, en el mismo fallo, se aclaró, quizá de forma contradictoria, que esa afirmación nada tenía que ver con un desconocimiento de la responsabilidad médico-hospitalaria entendida desde un régimen culpabilista, razón por la cual mal haría la jurisprudencia administrativa en caracterizar a la medicina como una actividad riesgosa. Pero a la vez, se consideró que, excepcionalmente, en el ejercicio de la actividad médica existen escenarios que permitirían hablar de un régimen objetivo de responsabilidad:

*“... Se hace claridad en que los daños derivados de: **infecciones intrahospitalarias** o nosocomiales, la aplicación de vacunas, el suministro de medicamentos, o el empleo de métodos terapéuticos nuevos y de consecuencias poco conocidas todavía, **constituyen daños antijurídicos que tienden a ser imputados o endilgados desde una perspectiva objetiva de responsabilidad, razón por la que no tendrá relevancia jurídica la acreditación de que la entidad hospitalaria actuó de manera diligente o cuidadosa, sino que lo determinante es la atribución fáctica o material del daño en cabeza del servicio médico y sanitario brindado, asociado con el factor de riesgo que conllevan las mencionadas circunstancias**”*⁷⁶ (Negrillas originales).

⁷⁵ PUIGPELAT, 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, cita de COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de junio de 2014, expediente 27089. C.P. Dr. Hernán Andrade Rincón.

⁷⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 19 de agosto de 2009, expediente 17333. C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

Estos planteamientos fueron confirmados por la Sección Tercera a través de la sentencia de 25 de marzo de 2011⁷⁷, que se encargó de desarrollar los eventos susceptibles de ser estudiados bajo el régimen objetivo de responsabilidad:

- Eventos donde exista manipulación de cosas peligrosas o cuyo procedimiento empleado implique un gran riesgo, siempre y cuando el instrumento riesgoso cause el daño de manera directa o por su ejercicio, ya que si el daño es producto de una ejecución defectuosa del médico, sin perjuicio del riesgo inherente al objeto empleado, el caso deberá resolverse por el cauce de la responsabilidad subjetiva o culposa.
- Cuando se trate de medicamentos, tratamientos o procedimientos que si bien implican un avance de la ciencia, se desconocen sus efectos a mediano y largo plazo.
- Cuando en el procedimiento médico se utilizan sustancias peligrosas o elementos químicos riesgosos, como serían los eventos de medicina nuclear.
- En eventos relacionados con vacunas, ya que de manera implícita se asume su peligrosidad eventual o las diferentes reacciones de carácter adverso que puede haber según el organismo al que le sean aplicadas y,
- Cuando el daño es producto de una infección nosocomial o intrahospitalaria⁷⁸.

Sin embargo, en el fallo referenciado al inicio del capítulo, se deja claro que a pesar de las precisiones conceptuales previas, sólo fue hasta la sentencia de 27 de julio de 2012 cuando el Consejo de Estado aplicó el régimen de responsabilidad objetiva en un caso específico, donde se debatía la responsabilidad estatal por una artritis séptica que se había contraído en un centro hospitalario. Después de reiterar los parámetros que definen la responsabilidad de

⁷⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. sentencia de 24 de marzo de 2011, expediente 20836. C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

⁷⁸ *Ibidem*.

tipo objetivo que le asiste al Estado, derivada de infecciones nosocomiales, precisó que:

“... para que pueda declararse la responsabilidad patrimonial del Estado, quien alega haber sufrido un perjuicio deberá acreditar que la infección que afectó a la víctima fue adquirida en el centro hospitalario o asistencial o que se produjo como consecuencia de un procedimiento médico, sin que en tal evento resulte necesario que se pruebe que la entidad demandada actuó de manera indebida o negligente; ésta última, por su parte, podrá eximirse de responsabilidad única y exclusivamente probando que la infección, para el caso que ocupa a la Sala en esta oportunidad, ocurrió como consecuencia de una causa extraña, esto es una fuerza mayor o el hecho determinante y exclusivo de la víctima o de un tercero.

“(...). La Sala encuentra, entonces, que a la luz de los documentos aportados al proceso, la infección sufrida por la señora Cuesta Torres, la cual le causó la artritis séptica, fue adquirida como consecuencia de la artrografía que se le realizó en su rodilla derecha el día 27 de octubre de 1997 en las instalaciones del Hospital Universitario San José de Popayán, razón por la cual y atendiendo la jurisprudencia consolidada en la materia, en punto a la responsabilidad objetiva por infecciones nosocomiales o intrahospitalarias, revocará la sentencia de primera instancia y, en su lugar, declarará al Hospital Universitario San José de Popayán y a COMSALUD I.P.S., como responsables patrimonialmente por los hechos objeto de este proceso.

Por otra parte, aun cuando tanto el Hospital Universitario San José de Popayán y como COMSALUD I.P.S., acreditaron haber actuado con diligencia y cuidado en la realización del procedimiento médico, dicha conducta no resulta suficiente para exculparlas en un caso como el presente, en el cual se analizan los hechos objeto del litigio a partir de un esquema de responsabilidad objetiva, puesto que sólo se podrá exculpar a la parte demandada, se reitera, cuando ella acredite una causa extraña; en el presente caso, sin embargo, no se encuentran elementos probatorios que le permitan a la Sala inferir la existencia de alguna causa extraña al actuar de las entidades

demandadas, que hubiere podido generar la infección que padeció la señora Cuesta Torres⁷⁹.

Bajo la misma línea argumentativa, la Sección Tercera del Consejo de Estado mediante sentencia de 7 de noviembre de 2012, declaró la responsabilidad del ISS por la muerte de una madre en estado de gestación a la que le fue diagnosticada una sepsis secundaria de episiotomía sobre infectada. Es esa ocasión, cuando se refirió a la responsabilidad de la Entidad demandada, aclaró que:

“... Aun cuando el Hospital Lorencita Villegas de Santos acreditó haber actuado con diligencia y cuidado en la realización del parto -el cual se realizó de forma satisfactoria- y, posteriormente, inició el tratamiento antibiótico para contener la infección adquirida en dicho centro hospitalario, tales actuaciones per se no resultan suficientes para liberarlo de responsabilidad en un caso como el presente, en el cual se analizan los hechos objeto del litigio a partir de un esquema de responsabilidad objetiva, en virtud del cual corresponde a la parte actora acreditar nada más allá de los conocidos elementos que configuran la responsabilidad: actuación del Estado, daño antijurídico e imputación, extremos que se encuentran suficientemente acreditados en el expediente, pues -bueno es insistir en ello-, fue una infección contraída en el centro hospitalario demandado que produjo la muerte de la paciente.

Ese mismo marco conceptual impone entender que es a la entidad demandada a quien correspondía demostrar -en este caso concreto-, mediante pruebas legales y regularmente traídas al proceso, si se había dado algún supuesto de hecho en virtud del cual pudiera entenderse configurada una causal de exoneración, como fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o culpa exclusiva y determinante de la víctima, y ocurre que ninguna de estas causales eximentes de responsabilidad ha sido acreditada en el plenario⁸⁰”

⁷⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A, sentencia de 27 de junio de 2012, expediente 21661. C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

⁸⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A, sentencia proferida el 7 de noviembre de 2012, expediente 26124.

Posteriormente, en sentencia de 29 de mayo de 2013, la Subsección A de la Sección Tercera declaró al Estado administrativamente responsable en un caso donde se le reclamaba a la Administración la indemnización de ciertos perjuicios que se habían derivado de una infección intrahospitalaria que desembocó en la amputación de la extremidad inferior derecha del paciente:

“De todo lo anterior, la Sala considera que aparece demostrado que la infección presentada por el señor CESAR AUGUSTO OSPINA LEON, fue adquirida en la Clínica San Pedro Claver, por cuanto la historia clínica es contundente en señalar que desde la entrada al centro hospitalario, 4 de abril de 1998, y hasta antes del primer postoperatorio, 28 de abril de esa anualidad, el paciente no presentó ningún síntoma o señal de infección, al punto que el cultivo practicado dio resultado negativo. Ahora bien, es claro que fue a partir de la cirugía que apareció el proceso infeccioso el cual se hizo persistente a punto que ni siquiera con la amputación de la extremidad se logró restablecer la salud del paciente. (...), situación fáctica que se ajusta a lo que la jurisprudencia de esta Sub Sección sostiene acerca de la responsabilidad de índole objetiva para eventos de infecciones intrahospitalarias.

Ese mismo marco conceptual impone entender que si bien está acreditada la diligencia y cuidado con las que actuó la entidad demandada en la atención prestada al señor Ospina con ocasión de su fractura, lo cierto es que, en estos eventos de infecciones intrahospitalarias, la responsabilidad del ente hospitalario se fundamenta en el hecho de que, a pesar de la gravedad de la fractura, lo cierto es que el lesionado ingresó libre de infección, y que los microorganismos que la provocaron, fueron adquiridos por el paciente en las instalaciones de la demandada⁸¹”.

El fallo más reciente, que es objeto de análisis separado en este trabajo, es el de 29 de agosto de 2013, emitido por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, donde se estudió la responsabilidad del ISS en una situación de infección intrahospitalaria que había contraído un menor de edad, la cual le

⁸¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. sentencia de 29 de mayo de 2013, expediente 28483.

provocó una meningitis bacteriana. En esta oportunidad desarrolló los planteamientos de la responsabilidad médico-asistencial bajo la órbita objetiva, que retoma la idea del riesgo excepcional a través de la figura más específica del riesgo alea:

“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”.

Hasta el momento, la aplicación de la categoría de riesgo-álea, que encuentra su origen en la jurisprudencia francesa, se ha reservado en nuestro medio a aquellos supuestos en los que el daño se produce por la utilización de un aparato o instrumento empleado por la ciencia médica para el diagnóstico o tratamiento de ciertas enfermedades o patologías o por la ejecución de ciertos procedimientos para el mismo fin. No obstante, la Sala considera que nada obsta para hacer extensiva la categoría de riesgo-álea a los casos en los cuales el daño es consecuencia de una infección contraída en un centro asistencial, comoquiera que en todas estas situaciones el daño surge por la concreción de un riesgo que es conocido por la ciencia médica, pero que se torna irresistible en tanto su concreción depende, muchas veces, de la ‘ineludible mediación del azar’.

“(…). En suma, en criterio de la Sala, el riesgo puede servir como factor para atribuir jurídicamente responsabilidad a la administración por los daños causados como consecuencia de una infección de carácter intrahospitalario, entendida como aquella que se contrae por el paciente en el hospital o centro asistencial. En estos eventos la responsabilidad es de carácter objetivo, por lo que la parte demandada, para liberarse de la obligación de indemnizar los

perjuicios, tendrá que demostrar que el paciente ya portaba el cuadro infeccioso antes de ingresar al nosocomio⁸²” (Se ha resaltado).

En el fallo se manifiesta que los razonamientos referentes al análisis de la responsabilidad por las infecciones nosocomiales dentro de un régimen objetivo, son completamente coherentes con lo que se ha manifestado sobre el particular por parte de la jurisprudencia y la doctrina extranjeras, las cuales se han encargado de profundizar sobre el tema objeto de estudio. En el derecho comparado, la tendencia frente a estos eventos se inclina hacia la objetivación de la responsabilidad de los centros asistenciales de carácter oficial, donde al paciente sólo le compete demostrar que el daño padecido es consecuencia directa de una infección nosocomial que se adquirió al permanecer en el centro hospitalario⁸³.

En el sistema normativo francés, por ejemplo, también se ha consagrado un régimen de responsabilidad médica hospitalaria sin culpa, que se extiende a los casos de las infecciones nosocomiales y que se basa en tres fundamentos principales:

“i) el riesgo (las infecciones nosocomiales existen y cualquiera puede padecerlas), ii) la igualdad (todas las personas son iguales y por ello todas tienen derecho a estar protegidas de igual forma) y iii) la solidaridad (pese a que no se enfermarán todos, todos debemos hacernos cargo porque podría dañar a cualquiera⁸⁴)”

⁸² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B, sentencia de 29 de agosto de 2013, expediente 30283. C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourt.

⁸³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de junio de 2014, expediente 27089. C.P. Dr. Hernán Andrade Rincón.

⁸⁴La Ley del 4 de marzo de 2002, también conocida como “Ley Kouchner”, establece dos sistemas específicos y distintos de responsabilidad por infecciones hospitalarias. El primero, aplicable a los establecimientos de salud, tanto públicos como privados, que es de carácter objetivo. El segundo, aplicable a los médicos, que es de carácter subjetivo (falta probada). Juan Manuel Prevot, Responsabilidad civil de los médicos, editorial AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008, p. 318., cita de COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de junio de 2014, expediente 27089. C.P. Dr. Hernán Andrade Rincón.

Quiere decir lo anterior que en el sistema francés de responsabilidad, los establecimientos y profesionales de la salud, sin importar si son públicos o privados, deben responder por los daños que se causen a raíz de las infecciones intrahospitalarias, a no ser que logren demostrar que la causa de la infección es un factor ajeno al servicio médico-asistencial⁸⁵.

En Argentina, al lado de quienes consideran que las infecciones nosocomiales comportan la concreción de un riesgo inherente a la actividad médica, también existe un sector doctrinal, que ha incidido en ciertos criterios jurisprudenciales, y que afirma que *“junto al deber principal de prestar asistencia médica, el establecimiento sanitario asume un deber de seguridad que siempre es objetivo”*, que aunque puede referirse a una obligación de medio, como lo serían los actos puros de la profesión, también se convierte en un grupo de obligaciones de resultado, como las que tienen que ver con la garantía de daño mínimo o nulo de *“las cosas utilizadas, ámbitos físicos, instrumentos quirúrgicos, aparatos de rayos, etcétera, que pueden resultar riesgosos o viciosos”⁸⁶ (...)*

La doctrina argentina, admite que en estos casos la carga de la prueba recae sobre la Entidad demandada, que a su vez, para poder exonerarse de cualquier clase de responsabilidad, debe demostrar que se han cumplido todos los protocolos necesarios de cara a la seguridad, lo cual es entendido como una obligación que emana del contrato asistencial y cuyo desconocimiento activa de forma inmediata la cláusula de responsabilidad directa de la entidad que contrata al profesional, sin perjuicio de la responsabilidad que le concierne personalmente a este último⁸⁷.

⁸⁵ BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile, 2009, pp. 688-694, cita de COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de junio de 2014, expediente 27089. C.P. Dr. Hernán Andrade Rincón.

⁸⁶ PREVOT, Juan Manuel. *Responsabilidad Civil de los Médicos*. Editorial AbeledoPerrot. Buenos Aires, 2008. p. 318, cita de COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de junio de 2014, expediente 27089. C.P. Dr. Hernán Andrade Rincón.

⁸⁷ *Ibidem*.

En España, el régimen de responsabilidad aplicable a los casos de infecciones nosocomiales es el objetivo, de forma muy similar a como se aplica en Colombia. Sorprendentemente, se afirma que *“la persona que provoca un riesgo que le reporta un beneficio, debe asumir la responsabilidad si causa un daño⁸⁸”*. Frente al tema, el Tribunal Supremo Español, ha dicho lo siguiente:

*“...Los niveles presumidos por ley de pureza, eficacia o seguridad que suponen además, posibilidades de controles técnicos de calidad, impiden, de suyo, por regla general las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquirida en el medio hospitalario o su reactivación en el referido medio. **Cuando estos controles de manera no precisada fallan; o bien, por razones atípicas dejan de funcionar, en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma de responsabilidad objetiva⁸⁹”***
(Negrillas propias).

Sin embargo, en España también existe una posición jurisprudencial más moderada, que defiende la declaratoria de responsabilidad en casos de infecciones nosocomiales con fundamento en la culpa o falla del servicio—como tradicional y acertadamente se ha entendido la responsabilidad médica en Colombia—basada en la llamada *teoría del daño desproporcionado*, según la cual, una vez que se produce una infección cuyo origen es una bacteria hospitalaria propia de una intervención quirúrgica, se considera que el daño que se produjo es imputable al servicio médico-asistencial, debido a que es este el que, en una

⁸⁸ LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura; PÉREZ VELÁSQUEZ, Juan Pablo y otros. *Tratado jurisprudencial de responsabilidad por daños*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 94, cita de COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de junio de 2014, expediente 27089. C.P. Dr. Hernán Andrade Rincón.

⁸⁹ ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO. Sentencias de 21 de marzo de 2000, 12 de julio de 1999, 30 de junio de 1998 y 24 de abril de 1996. En LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura; PÉREZ VELÁSQUEZ, Juan Pablo y otros. *Tratado jurisprudencial de responsabilidad por daños*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 94-106, cita de COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de junio de 2014, expediente 27089. C.P. Dr. Hernán Andrade Rincón.

posición de dominio y exclusividad, se obliga a poner a disposición todas las medidas sanitarias que sean idóneas para que la contaminación se pueda evitar⁹⁰.

El centro asistencial debe ser garante de las medidas diagnósticas de carácter posterior, que se dirijan a la detección de la infección así como su tratamiento; por ende, una vez producida la infección y como consecuencia de ella el daño, se pone en evidencia la culpa del centro asistencial:

“La doctrina jurisprudencial sobre el daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor, corresponde a la regla ‘res ipsa loquitur’, (la cosa habla por sí misma), que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia, lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto y que aquél no sea causado por una conducta o acción que corresponda a la esfera de la propia víctima. (...). La jurisprudencia no ha eliminado en modo alguno la exigencia del elemento subjetivo o culposo para este tipo de responsabilidad aquiliana, sino que carga el acento, con una finalidad social, en la prueba de esa culpa, pero invirtiendo el ‘onus probandi’, es decir, atribuyendo de la misma al demandado para que con ello acredite que en ejercicio de sus actos lícitos obró con toda la prudencia y diligencia precisa para evitar el daño, máxime en actividades de suyo peligrosas o de fácil creación de riesgo, supuesto en el que la causalidad física adquiere, en su consideración, prepotencia o prevalencia sobre la psicológica o subjetiva exigible a la gente⁹¹”

⁹⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de junio de 2014, expediente 27089. C.P. Dr. Hernán Andrade Rincón.

⁹¹ ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO. Sentencias de 18 de mayo de 2007, 15 de septiembre de 2003 y 29 de junio de 1999. En LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura; PÉREZ VELÁSQUEZ, Juan Pablo y otros. *Tratado jurisprudencial de responsabilidad por daños*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 94-106. Cita de COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de junio de 2014, expediente 27089. C.P. Dr. Hernán Andrade Rincón.

En la sentencia se advierte que la teoría denominada “*res ipsa loquitur*” se ha aplicado por la Sección Tercera del Consejo de Estado en casos de negligencia evidentiísima, como por ejemplo, situaciones relacionadas con amputaciones en miembros equivocados, extirpaciones de órganos diferentes al inicialmente diagnosticado, o la muerte de niños en casos de operaciones rutinarias⁹²; no obstante, en tratándose de eventos de infecciones nosocomiales, donde resulta científicamente improbable controlar y/o erradicar las bacterias que viven en el ambiente médico, la aplicación de la presunción mencionada se torna completamente improcedente, motivo por el cual la responsabilidad se ha fundamentado en los parámetros del riesgo excepcional, llamado también *riesgo alea*⁹³.

En Chile, según el fallo del Consejo de Estado, la jurisprudencia ha considerado que una enfermedad que se contraiga mientras se permanece en el establecimiento médico es muestra inequívoca de la negligencia en que ha incurrido dicho centro asistencial referente al cumplimiento de los deberes preventivos que sobre él recaen, así como la falta del servicio del mismo hospital de carácter público⁹⁴. En estos casos se aplica la presunción de culpa, que encuentra sustento legal en el artículo 2329 del Código Civil de ese país.

En todo caso, la postura no ha sido pacífica ni unánime, ya que sectores de la doctrina se han opuesto a su tesis, considerando que es el daño y no la culpa el fundamento de la responsabilidad del Estado, de tal manera que si el evento dañoso se produce mediante una infección intrahospitalaria, de inmediato surge la obligación de indemnizarlo, acreditando para tal fin la relación de causalidad que

⁹² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 22 de octubre de 2009, expediente 18427. C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

⁹³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 29 de agosto de 2013, expediente 30283. M.P. Dr. Danilo Rojas Betancourt.

⁹⁴ BARROS BOURIE, Enrique. Óp. Cit. p. 693, cita de COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de junio de 2014, expediente 27089. C.P. Dr. Hernán Andrade Rincón.

existe entre la prestación del servicio asistencial y el daño mismo, “*sin importar si hubo o no culpa en el establecimiento o sus dependientes*”⁹⁵.

Haciendo una síntesis de todo lo dicho, la Sala, en el fallo referenciado, afirma que la jurisprudencia contencioso administrativa, en tratándose de asuntos que versan sobre responsabilidad médica que se configura por infecciones nosocomiales o intrahospitalarias, dijo en un principio, desde el año 1997, que era un tema que se debía estudiar bajo el título de la falla presunta del servicio, donde la entidad demandada podía acreditar la diligencia y cuidado en la atención para exonerarse de responsabilidad. Doce años más tarde, sin embargo, este tipo de infecciones fueron incorporadas en la jurisprudencia de la Sección Tercera dentro de los eventos catalogados como riesgosos en el ejercicio de la actividad médica, todos analizados bajo un régimen objetivo de responsabilidad, concretamente del riesgo excepcional, a partir de la influencia de la doctrina y jurisprudencia comparadas⁹⁶.

A partir del año 2012, la jurisprudencia de la Sección Tercera atribuyó responsabilidad del Estado por infecciones intrahospitalarias en casos muy concretos; en ese ejercicio, determinó que a la parte demandante solo le bastaba acreditar que la infección que afectaba a la víctima había sido adquirida en el centro asistencial, y/o que se había producido como consecuencia del acto médico, sin que resultara imperativo en aquellos casos acreditar que la entidad demandada hubiese actuado de manera negligente o inidónea.

Estos planteamientos, según el fallo estudiado, tienen plena concordancia con lo que se ha propuesto en diferentes países como Francia, Argentina, España y Chile, donde esta clase de daños han sido estudiados de forma sistemática bajo un régimen de responsabilidad objetivo o sin culpa.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de junio de 2014, expediente 27089. C.P. Dr. Hernán Andrade Rincón.

Con fundamento en todos estos razonamientos, en la sentencia que sirve de referencia a este repaso histórico, el Consejo de Estado concluye que para que sea posible declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por las llamadas *infecciones nosocomiales*, quien alega haber padecido el perjuicio deberá acreditar que la infección que afectó a la víctima fue contraída por una bacteria que vive en el ambiente hospitalario, o que fue originada por un mal procedimiento médico, sin que resulte estrictamente necesario que se acredite que la entidad demandada actuó de manera indebida o negligente. Por su parte, el centro asistencial, podrá exonerarse de la responsabilidad únicamente si logra demostrar que la infección—en el caso concreto—ocurrió como consecuencia de una causa extraña, es decir, una fuerza mayor, o por el hecho determinante y exclusivo de la víctima o de un tercero⁹⁷.

⁹⁷ *Ibidem*.

CAPÍTULO III: TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA TEORÍA DEL RIESGO EXCEPCIONAL

En este capítulo se podrá observar cómo la teoría del riesgo excepcional, según la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, siempre ha estado relacionada con la creación de un riesgo por parte de la Administración, el cual, si llega a concretarse, es susceptible de ser indemnizado a quien lo padece. Se trata de una teoría que acepta que en algunas actividades de carácter público se pueden generar riesgos, pero que al menos en principio, no admite ninguna explicación lógica respecto a la actividad médica, la cual, desde un punto de vista estrictamente ontológico, tiene como finalidad salvar y optimizar la calidad de vida de los usuarios, es decir, que antes de generar un riesgo, lo que hace el ejercicio médico-asistencial es tratar de disminuirlo a través de los procedimientos y técnicas científicas, diseñadas para tratar de restablecer la salud de quien padece una enfermedad. O sea que el riesgo no se crea por el médico, el riesgo, se entiende, es creado a partir de la patología que afecta al paciente.

Ruiz Orejuela afirma que históricamente la responsabilidad objetiva por riesgo excepcional ha sido dirigida a actividades peligrosas, tales como el uso de armas de dotación oficial, la conducción de vehículos oficiales, la conducción de energía eléctrica a través de redes públicas y en general, cualquier situación que genere un riesgo, como pueden ser claramente los atentados terroristas a objetivos públicos que se ubican cerca de bienes o personas, así como la ejecución de determinadas obras públicas. La teoría del riesgo excepcional también venía aplicándose con anterioridad a la Constitución de 1991, como parte de los llamados sistemas objetivos de responsabilidad; muestra de ello es lo que se dijo en la sentencia de 20 de febrero de 1989, expediente 4655:

“El régimen de responsabilidad por riesgo excepcional podía incluirse dentro de los denominados regímenes objetivos, en los que el elemento falla del servicio no entra en juego. En efecto, no está el actor obligado a probarla ni el

demandado a desvirtuarla, y la administración sólo se exonera demostrando la existencia de una causa extraña que rompa el nexo de causalidad⁹⁸”

En lo que tiene que ver con los daños que provocan las actividades peligrosas como la conducción de energía eléctrica a través de redes, las mismas siempre se han considerado como una fuente inagotable de riesgo, que de concretarse en perjuicio de un particular, impiden la exoneración de la Administración sin importar que se demuestre la ausencia de falla en el servicio:

“(…) En efecto, la conducción de energía eléctrica, mediante cables de alta tensión, ha sido tradicionalmente considerada como una actividad peligrosa, y fue, precisamente en casos referidos a la existencia de daños causados como consecuencia de su realización, que se dio aplicación a la teoría del riesgo excepcional, por primera vez, en el Consejo de Estado. No se trata, en consecuencia, de un régimen de falla del servicio probada, ni de falla presunta, en el que el Estado podría exonerarse demostrando que actuó de forma prudente y diligente. Al actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad jurídica entre este y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de la actividad riesgosa. Y de nada le servirá al demandado demostrar la ausencia de falla; para exonerarse, deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima. En el caso concreto no está demostrado que la causa material de la muerte de ODIS JASIVER CASTRO BUITRAGO sea atribuible a la caída de un cable perteneciente a la red pública de conducción de energía eléctrica, como se afirma en la demanda. En estas condiciones, no existen elementos para encontrar, en este caso, el fundamento de la responsabilidad en el riesgo excepcional creado en desarrollo de la prestación del servicio público de energía eléctrica. Así las cosas, concluye la Sala que el fallo apelado debe ser revocado, para decidir, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda, por no haberse probado la relación de causalidad material existente entre un hecho o una omisión de las entidades

⁹⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 20 de febrero de 1989, expediente 4655.

*demandadas y la muerte de la menor ODIS JASIVER CASTRO BUITRAGO⁹⁹.
(...)*”

En lo referente a los daños ocasionados por vehículos oficiales debido a su conducción, los mismos estuvieron sometidos hasta el año 1989 al régimen de la falla probada. Sin embargo, de forma posterior se consideró que para resolver estos eventos era mejor aplicar un régimen de falla presunta *“en atención a que un vehículo automotor, por su peligrosidad, al ser nexa instrumental en la causación de un perjuicio, compromete de por sí la responsabilidad del ente público a quien el vehículo pertenece, sin necesidad de que se pruebe la falla del servicio, que por demás bien puede existir¹⁰⁰”*. Pero a partir del año 1992, la Sección Tercera precisó que la falla probada o presunta sólo debía aplicarse a casos de **fallas médicas donde sí se juzgaba la conducta de la administración**, mientras que cuando se estaba ante actividades peligrosas—es decir que para ese entonces la medicina no era considerada como tal—o situaciones donde se evidenciaba el peligro, lo que debía juzgarse es el daño antijurídico como tal, lo cual trasladaba la posición de la presunción de la falla a lo que erróneamente se llamó por cierto tiempo presunción de responsabilidad, criterio que tuvo que ser corregido en sentencia del año 2000, cuando se estableció que tal presunción era imposible de ser considerada, toda vez que de aceptarse, se podría decir que todos los elementos de la responsabilidad podían inferirse, sin que ello sea posible jurídicamente¹⁰¹.

En todo caso, frente a este tema el régimen de responsabilidad aplicable es el objetivo, pero sin desconocer que en ciertos eventos se debe aplicar un sistema de concurrencia de culpas cuando los vehículos que colisionan, lo hacen en marcha y tienen características similares desde el punto de vista del tamaño, el volumen o la capacidad para desarrollar velocidad. Si se produce el accidente

⁹⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de enero 23 de 2003, expediente 12955. C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

¹⁰⁰ RUIZ OREJUELA, Wilson. Óp. Cit. p. 21.

¹⁰¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 3 de 2007, expediente 25020. C.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

pero por el desconocimiento de normas de tránsito, entonces es posible imputar la responsabilidad al Estado mediante el régimen subjetivo de falla en el servicio:

“(…) Con respecto al criterio de imputación aplicable en los eventos en los cuales interviene un vehículo oficial en la producción del daño, cuya indemnización se reclama a través de la acción de reparación directa, la Sala precisa que pueden presentarse diversas situaciones que dan lugar a la aplicación de diferentes regímenes de responsabilidad, así: un primer evento, que constituye la regla general, está referido a la producción de daños como consecuencia del ejercicio de la actividad de conducción de vehículos automotores. En este caso la responsabilidad se atribuye de manera objetiva a la persona jurídica que ejercía la actividad causante del daño, dado que quien crea un riesgo debe asumir las consecuencias de su materialización. En consecuencia, si como producto de la conducción de un vehículo oficial, se producen lesiones o la muerte de una persona, la entidad debe indemnizar los perjuicios que ocasione. Un segundo evento estará referido a la colisión de dos vehículos en movimiento. En tales casos se presenta una concurrencia en el ejercicio de la actividad peligrosa, porque tanto el conductor del vehículo oficial como el del vehículo particular están creando recíprocamente riesgos y, por lo tanto, no habrá lugar a resolver la controversia, en principio, con fundamento en el régimen objetivo de riesgo excepcional. Otro evento se presenta cuando el daño se produce no como consecuencia del ejercicio de la actividad de conducción de vehículos automotores, aunque sí con dichos bienes, por ejemplo, cuando el vehículo se encuentra estacionado al momento de producirse la colisión, caso en el cual la responsabilidad recaerá en la Administración, a título de falla del servicio, cuando se estuviera en frente del incumplimiento de normas reglamentarias de tránsito¹⁰². (...)”

Respecto al uso de armas de dotación oficial, la jurisprudencia ha diferenciado ciertas situaciones en las que todavía es posible aplicar la teoría de la falla en el servicio, aunque en la actualidad, la tendencia recae en la aplicación del régimen

¹⁰² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de marzo 26 de 2008, expediente 14780. C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

objetivo mediante la teoría del riesgo excepcional, tal como se desprende del siguiente acápite:

“(…) Como la muerte de NELSON CARVAJAL PALACIO se produjo con arma de fuego, para decidir la responsabilidad del Estado debe tenerse en cuenta que el último criterio jurisprudencial relacionado con el título de imputación, bajo el cual deber ser decididas las demandas interpuestas con el fin de obtener la reparación de los daños causados en ejercicio de actividades peligrosas, es el de responsabilidad objetiva por riesgo excepcional, de acuerdo con el cual al demandante le basta acreditar que la actividad peligrosa fue la causa del daño cuya reparación se solicita, en tanto que la entidad para exonerarse, deberá demostrar la existencia de una causal de exoneración como la culpa exclusiva de la víctima, el hecho exclusivo y determinante de un tercero o la fuerza mayor. Esto siempre que no se invoque en la demanda el régimen de falla del servicio, caso en el cual se entra a estudiar la responsabilidad bajo ese título de imputación porque de un lado ese criterio es aplicable aun tratándose de daños causados con ocasión de actividades peligrosas, y por otra parte, se cumple con la función consustancial a la jurisprudencia contencioso-administrativa de identificar las falencias que se presentan en el ejercicio de la actividad administrativa, con el propósito de que: i) la definición para un caso concreto se convierta en advertencia para la administración con el fin de que esta procure evitar la reiteración de conductas anormales y ii) esa decisión sirva para trazar políticas públicas en materia de administración¹⁰³ (…)”

En estos eventos, sólo basta demostrar el daño y la relación de causalidad, cuando en actos de servicio y con armas de dotación oficiales, y en cumplimiento de un deber también oficial, se producen lesiones, muerte o daños a los bienes, sin embargo, si los agentes públicos, no obstante hacer uso de las armas oficiales o incluso en pleno servicio activo, incumplen su deber legal, los daños que ocasionen siempre serán por la falla en el servicio:

¹⁰³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 11 de 2009, expediente 17318. C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

“(…) En dichos eventos (daños producidos por las cosas o las actividades peligrosas), al actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de una actividad riesgosa. (…) Tal como ya se ha destacado, las declaraciones del agente que le disparó al señor De Luque no tienen respaldo probatorio en este proceso, pues no se allegó elemento de juicio alguno que permita establecer que la víctima disparó su arma en contra de los agentes de Policía, antes de que estos lo atacaran. Reitera y resalta la Sala que en el presente caso la alegada configuración de un eximente de responsabilidad se apoya en pruebas insuficientes que se limitan a señalar que el sujeto se encontraba armado y que minutos antes de encontrarse con los agentes de Policía había sido accionada su arma, por él mismo, en otro lugar, circunstancias que no permiten establecer directamente o por vía de indicios que el occiso hubiere disparado contra los agentes de Policía y que esa hubiere sido la razón determinante para que aquellos reaccionaran disparándole. En este orden de ideas se tiene que los agentes dicen que atacaron y causaron la muerte al señor ÁLVARO RAFAEL DE LUQUE porque lo encontraron sospechoso, sin embargo no hay prueba alguna que indique cuáles fueron las razones que hacían aparecer al occiso como una persona sospechosa, porque todo indica que éste iba caminando cuando fue abatido por los agentes sin justificación alguna y que sólo cuando este resultó muerto los agentes tuvieron conocimiento de que se trataba de la misma persona que minutos antes había herido a un soldado del Ejército. Además, como se anotó, si bien el sujeto estaba armado cuando se encontró con los agentes de Policía, las pruebas no permiten establecer, en modo alguno, que el arma hubiere sido utilizada por el hoy occiso para atacar a los agentes del orden. En esta línea resulta forzoso concluir que en este caso se configuró una falla en el servicio pues los agentes de Policía causaron la muerte de ÁLVARO RAFAEL DE LUQUE con sus armas de dotación y estando en servicio activo, no obstante lo cual el hecho estuvo alejado del cumplimiento de sus deberes oficiales y de estarlo se produjo por una falla en el servicio, pues según el

análisis realizado los agentes dispararon indiscriminadamente contra el sujeto causándole la muerte¹⁰⁴. (...)”

Las situaciones consideradas como riesgosas por parte del Consejo de Estado también incluyen los actos terroristas, siempre que vayan dirigidos a un objetivo institucional y que su ocurrencia no haya sido prevista por los organismos de inteligencia. Si en estos casos se causan perjuicios a los particulares derivados de un atentado a un edificio público, no se habla de un daño especial:

“(...) La Sala resumió el estado de la jurisprudencia—hasta entonces—en materia de actos terroristas teniendo como referente los dos regímenes adoptados: falla del servicio y riesgo excepcional y, en todo caso, fundando la responsabilidad de la administración en la configuración de la imputación del daño como su principal elemento estructurante. La jurisprudencia allí referida ha admitido, solo de manera excepcional, que puede imputarse responsabilidad al Estado por actos terroristas. Uno de esos eventos extraordinarios se presenta cuando la imputación deriva de la creación de un riesgo excepcional para un determinado grupo de personas, supuesto en el que no se requiere la prueba de una acción u omisión atribuible al Estado, aunque se esté delante del hecho de un tercero. Es el caso de ataques con bomba dirigidos a inmuebles oficiales, o personas representativas de funciones institucionales susceptibles de convertirse en “blanco” de la insurgencia, el narcotráfico o grupos paramilitares y que, por lo mismo, exigen del Estado una especial protección. En una palabra, aunque el daño fuere causado por un tercero, este se imputa al Estado en tanto que generó el riesgo; así para los habitantes cercanos de dichos inmuebles, su sola presencia constituye un riesgo excepcional y—por lo mismo—de presentarse el daño, este no viene a ser nada distinto que la “materialización” del riesgo al que ha sido expuesto el administrado. En contraste, la jurisprudencia se ha negado sistemáticamente a reconocer responsabilidad patrimonial alguna al Estado cuando el daño proviene de atentados con bomba que no tienen por

¹⁰⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril de 2008, expediente 16525. C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

objetivo un establecimiento oficial, un funcionario o un lugar representativo del Estado, eventos en que el daño no resulta imputable a ningún título en los términos del artículo 90 constitucional, habida cuenta que no puede colegirse del artículo 2 de la Constitución (antiguo artículo 16 de la Constitución de 1886)—el cual instituye a las autoridades de la república para proteger la vida, honra, bienes y demás derechos de los asociados—que el Estado se haga responsable de toda suerte de daños cometidos por la delincuencia. En tal virtud, la jurisprudencia nacional, a partir del análisis judicial de las circunstancias fácticas, ha dejado establecido que los actos terroristas no constituyen per se un presupuesto para generar responsabilidad extracontractual de la administración pública y sólo—de manera excepcional—el daño le resulta imputable, cuando el propio Estado ha creado el riesgo, o cuando ha incurrido en falla que se pueda considerar enlazada causalmente con la ocurrencia del atentado¹⁰⁵. (...)”

En esos casos se habla de una falla del servicio de seguridad del Estado por omisión o negligencia:

“(...) El artículo 90 de la Constitución Política dispone que en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de daños antijurídicos que le sean imputables, puede y debe repetir. Nada obsta para que el Estado pueda demandar al particular que daña sus bienes, ni para que el Estado demande a quien por ser el autor material de daños causados a terceros sirva como fundamento para una condena en responsabilidad, o para que el particular demande directamente a los subversivos patrimonialmente cuando se identifique al responsable directo del ataque (art. 136 C.C.A). La circunstancia de ubicarse al margen de la ley, así sea bajo el amparo de una denominación política, no puede significar eximente de responsabilidad ni impunidad patrimonial derivada de una pretendida inmunidad jurídica a todas luces inexistente e imposible de invocar. Por su parte, el Estado no autoriza ni patrocina ni prohíja, ni acepta su responsabilidad por los daños perpetrados por la subversión, que está precisamente al margen de la ley, que no lo

¹⁰⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de julio 14 de 2004, expediente 14318. C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

representa bajo ningún aspecto porque es su contradictor y opositor, salvo claro está en casos como el del art. 150 numeral 17 de la C.P. o el que pudiera derivarse de un acto de gobierno que suspenda la presencia de sus agentes y que a título de falla u otro título de imputación le pueda ser endilgada responsabilidad alguna. El Estado responde en cambio por sus actos, en la medida en que jurisprudencialmente y según las reglas de la responsabilidad le sean imputables, o cuando una ley especial le ordene asistencia si no a título de responsabilidad, sí a título de solidaridad pública como cuando ocurren desastres, catástrofes o graves desórdenes. Los actos dañinos derivados del uso de la fuerza legítima, son indemnizados bajo dos fundamentos, a saber, uno el de la solidaridad nacional según la cual el Estado Social de Derecho debe asumir las cargas generales que incumben a su misión, tal el evento de lesiones personales o daños materiales infringidos con el objeto de reprimir una revuelta, o por causa de esta. Otro, el deber de asumir los riesgos inherentes a los medios empleados particularmente en sus actividades peligrosas o riesgosas¹⁰⁶. (...)”

Respecto a la ejecución de obras públicas, el principio fundamental a través del cual se le imputa responsabilidad patrimonial al Estado, no obstante haber sido contratada una obra, es el de *ibionusessedebet* “*donde está la utilidad debe estar la carga*”, de manera que por el hecho de contratarse a un particular para una obra pública, es imposible que el Estado se exima por la situación de riesgo que ha generado la construcción de las mismas, siempre que se causen perjuicios verificables¹⁰⁷.

A partir del año 1985, mediante sentencia de 03 de octubre del mismo año, bajo el expediente 4556, se consideró que cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública, es como si ella misma la ejecutara; es decir, ella se convierte en dueña de la obra, ya que su financiamiento afecta siempre el fisco y su

¹⁰⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de enero 27 de 2000, expediente 8490. C.P. Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros.

¹⁰⁷ RUIZ OREJUELA, Wilson. Óp. Cit. p. 25.

realización siempre está ligada al bienestar general¹⁰⁸. Que la obra no se ejecute con un personal vinculado directamente al servicio, obedece mejor a una posible insuficiencia o incapacidad técnica del personal propio e incluso de falta del equipo adecuado. Posición que fue reiterada en providencia de 1997, expediente 10504, donde se especificó que la responsabilidad imputable a la administración se sustenta en los siguientes principios:

“Cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública es como si ella misma la ejecutara directamente—que es ella la dueña de la obra—que su pago afecta siempre patrimonio estatal—la realización de esas obras obedece siempre a razones de servicio y de interés general—que no son oponibles a terceros los pactos de indemnidad que celebre con el contratista, vale decir para exonerarse de responsabilidad extracontractual frente aquellos, pues ella es la responsable de los servicios públicos y por ende se obliga¹⁰⁹...”

Criterio que se refrendó en la sentencia de 28 de noviembre de 2002, expediente 14397:

“(...) En el caso sub judice se demanda la reparación del daño moral sufrido por la muerte del señor GILBERTO GÁLVEZ MARÍN, como consecuencia de un deslizamiento de tierra que se produjo mientras este adelantaba trabajos en la construcción de un puente en la carretera que del municipio de Risaralda conduce a la vereda El Tablazo, en Caldas. El régimen de responsabilidad que se aplica frente a los daños derivados de la ejecución de una obra pública, debe definirse con fundamento en el principio ubi ius ibi obligatio (donde está la utilidad debe estar la carga) que hace responsable de los perjuicios a quien crea la situación de peligro, toda vez que cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública es como si la ejecutara directamente. En palabras de JOSSERAND, “dentro de esta nueva concepción, quienquiera que cree un riesgo, si ese

¹⁰⁸ Ibídem.

¹⁰⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 25 de junio de 1997, expediente 10504.

riesgo llega a realizarse a expensas de otro, tiene que soportar sus consecuencias, abstracción hecha de cualquier culpa cometida. Así el punto de vista objetivo reemplaza el punto de vista subjetivo y el riesgo suplanta la culpa, esa especie de pecado jurídico”. En este orden de ideas, en el caso sub judice a los actores les bastaba acreditar que la actividad riesgosa les causó un daño, sin que tuvieran que demostrar la falla del servicio pues bajo el régimen de responsabilidad objetiva esta no es elemento constitutivo de la misma; en tanto que al demandado para exonerarse de responsabilidad le correspondía demostrar una causa extraña. En el caso concreto, considera la Sala debidamente acreditado que el señor GILBERTO GÁLVEZ MARÍN falleció como consecuencia de las lesiones sufridas por un alud de tierra, mientras adelantaba trabajos en el lugar donde se construía el puente en la carretera que conduce del municipio de Risaralda a la vereda El Tablazo¹¹⁰”

La jurisprudencia también ha señalado que cuando se trata de responsabilidad objetiva basada en la teoría del riesgo excepcional, debe tenerse en cuenta lo siguiente si se quiere probar los elementos que la constituyen:

“-Respecto al hecho dañador: al demandante le basta demostrar la ocurrencia del hecho vinculado al ejercicio de la actividad peligrosa y por esto no tiene que probar la calificación de la conducta subjetiva del demandado, como sí ocurre en el régimen de responsabilidad por falla probada; por aquello mismo, el demandado no se exculpa demostrando la diligencia y su cuidado. –En cuanto al daño: el actor tiene que demostrar la existencia de un daño con las siguientes cualidades: cierto, particular, anormal y que recaiga o sobre una situación de acto o de hecho que esté protegida jurídicamente o sobre la cual el Estado haya generado confianza legítima. –En cuanto al nexo de causalidad: el accionante también tiene que demostrar en juicio la causalidad adecuada entre el daño padecido y la conducta de riesgo imputada al Estado mediante prueba directa o indirecta, porque la ley no ha señalado en materia de relación causal ni presunciones legales respecto de las cuales, probado un hecho el legislador infiera su causalidad adecuada, ni tampoco los

¹¹⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de noviembre 28 de 2002, expediente 14397. C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque.

conocimientos del juez sobre la realidad social lo autorizan para deducir con certeza el nexo de causalidad eficiente y determinante. La prueba del nexo puede ser: a) directa, mediante los medios probatorios que lo representan por sí mismo y/o b) indirecta, mediante indicios; este medio de convicción lógico indirecto, requiere de la demostración de unos hechos indicadores que apunten con fuerza el hecho indicado¹¹¹”

Bien sea que se trate del daño especial o del riesgo excepcional, el Estado solo se puede exonerar de responsabilidad si acredita dentro del proceso que el hecho generador del daño fue producto de la culpa exclusiva y determinante de la víctima, del hecho exclusivo de un tercero o de fuerza mayor, sin que sea posible alegar el caso fortuito¹¹².

Como se puede observar, la tradición dentro del Consejo de Estado nunca ha sido considerar como riesgosa la actividad médica, porque desde su componente ontológico la medicina y/o el servicio asistencial si algún riesgo pueden generar, es por su misma finalidad, esto es, la salvaguarda de la vida e integridad de las personas, siendo la vida misma el evento generador del riesgo por las patologías que pueda padecer; la medicina es el instrumento eficaz para poder garantizar—al menos—que se va a hacer todo lo posible para que el riesgo no se agrande. Es por eso que los protocolos médicos deben ser seguidos al pie de la letra. Cuando se dejan de lado estos criterios técnicos, aplicables para que el riesgo inherente a la enfermedad no se prolongue, la única forma de imputar responsabilidad al Estado es a través de un régimen subjetivo, o de culpa.

¹¹¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 2 de 2002, expediente 13477. C.P. Dra. María Elena Giraldo Gómez.

¹¹² RUIZ OREJUELA, Wilson. Óp. Cit. p. 26.

CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE 29 DE AGOSTO DE 2013 A TRAVÉS DE LA CUAL EL CONSEJO DE ESTADO APLICA DE FORMA INTEGRAL LA TEORÍA DEL RIESGO EXCEPCIONAL A LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ENFERMEDADES INTRAHOSPITALARIAS.

En esta providencia, proferida por la Sección Tercera con ponencia del Dr. Danilo Rojas Betancourt¹¹³, se resolvió el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra la sentencia de 22 de diciembre de 2004 que emitió el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda. La Sala se anticipa diciendo que la sentencia del a quo será revocada.

4.1. Síntesis de lo ocurrido.

Se desprende de la sentencia que el menor Carlos Alberto Rojas Pérez estuvo hospitalizado en la clínica Jorge Bejarano, perteneciente al antiguo Instituto de Seguros Sociales; el diagnóstico del menor fue una bronconeumonía, y permaneció desde el 18 hasta el 23 de junio de 1999. Sin embargo, el 6 de julio del mismo año, el niño debió ser hospitalizado nuevamente ya que presentaba otitis media aguda, bronconeumonía, síndrome broncoobstructivo y enfermedad diarreica aguda causada por una bacteria intrahospitalaria. No obstante haber recibido tratamiento médico oportuno, el estado de salud del paciente no mejoró; contrario sensu, su cuadro clínico se deterioró rápidamente hasta que el 23 de julio de 1999 tuvo que ser internado en la Unidad de Cuidados Intensivos, donde permaneció hasta el 15 de agosto, fecha en la que se ordenó nuevamente su traslado a piso. En todo caso, el niño fue objeto de exámenes posteriores cuyo resultado fue la de una enfermedad motriz-cerebral como consecuencia de una meningitis infecciosa¹¹⁴.

¹¹³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 29 de agosto de 2013, expediente 30283. C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourt.

¹¹⁴ *Ibidem*. p. 1

4.2. Actuación procesal.

A través de escrito radicado el 13 de junio de 2001 ante la secretaría del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, los señores Juan Carlos Rojas Tacha y Aura Edith Pérez Rodríguez, actuando en nombre propio y en representación de su hijo menor Carlos Alberto Rojas Pérez; María Elina Tacha Moreno, Israel Pérez e Idalyd Rodríguez de Pérez, interpusieron demanda de reparación directa en contra del Instituto de Seguros Sociales, con las siguientes pretensiones:

Primera. Que se declarara que se había presentado una falla en el servicio médico hospitalario prestado por el Instituto de Seguros Sociales-Clinica del Niño Jorge Bejarano, al menor Carlos Alberto Rojas Pérez, constituyéndose como causa determinante del daño cerebral cuyas secuelas neurológicas para el menor eran irreversibles.

Segunda. Que se declarara al Instituto de Seguros Sociales patrimonialmente responsable de todos los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales que, como consecuencia de la falla en el servicio, le fueron causados al menor Carlos Alberto Rojas Pérez, a sus padres Juan Carlos Rojas Tacha y Aura Edith Pérez Rodríguez, y a sus abuelos María Elina Tacha Moreno, Israel Pérez e Idalyd Rodríguez de Pérez.

Como respaldo de sus pretensiones, la demandante indicó que el menor Carlos Alberto Rojas Pérez, presentaba un daño cerebral grave e irreversible, producto del contagio de las bacterias denominadas *klebsiellaneumónide*, *cándida albicans* y *eunococo*, todas contraídas mientras estuvo hospitalizado en la Clínica del Niño, donde ingresó el 6 de junio de 1999 con el siguiente diagnóstico: otitis media aguda, bronconeumonía, SBO y EDA. Además, indicó que con anterioridad a esa fecha, el menor había tenido que acudir en varias oportunidades a la institución

demandada, ya que su diagnóstico era similar, pero que esta no le procuró un tratamiento adecuado para que su patología fuese superada¹¹⁵.

En los alegatos de conclusión de primera instancia, las dos partes intervinieron, en los siguientes términos:

Por la parte demandante, se insistió en que el daño era imputable al Instituto de Seguros Sociales, ya que (i) estaba plenamente demostrado que el menor Carlos Alberto Rojas había adquirido la bacteria que causó su enfermedad en las instalaciones de la Clínica del Niño; y (ii) la entidad demandada no había probado que su actuación había sido prudente, cuidadosa y respetuosa de los parámetros de higiene que habrían podido evitar o minimizar el riesgo que generaba la presencia de la bacteria.

Por su parte, la entidad demandada sostuvo que la atención ofrecida por parte de la Clínica del Niño al demandante, se ajustaba a lo que la *lex artis* considera para este tipo de casos, siendo la infección de la bacteria un resultado del estado de salud que el paciente desarrolló, haciéndolo propenso al contagio, más no de una falla atribuible a la Entidad.

Una vez se practicaron las pruebas decretadas, la Sección Tercera de la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia de 22 de diciembre de 2004, resolvió no acceder a las súplicas de la demanda, basado en que la falla del servicio no había existido como una causa efectiva del daño que pudiera ser atribuible a la Entidad:

(...) de la historia clínica se logra establecer que sobre el menor (sic) CARLOS ALBERTO ROJAS PÉREZ, desde el momento en que fue hospitalizado, se le suministró el tratamiento y atención requeridas y adecuadas para el efecto, sin que ahora pueda atribuirse a la entidad demandada su lesión cerebral ante la presencia de una complicación de tal gravedad durante la hospitalización y todo el tratamiento recibido por éste.

¹¹⁵ *Ibíd.* p. 3.

Con lo anterior, no es posible predicar la existencia de nexo causal entre el retardo en el lenguaje y desarrollo sicomotor del menor CARLOS ALBERTO ROJAS PÉREZ y la conducta asumida por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES-CLÍNICA DEL NIÑO JORGE BEJARANO, elemento indispensable para estructurar responsabilidad de la demandada, en tanto que frente al centro hospitalario no se puede endilgar responsabilidad con fundamento en consecuencias propias de la fisiología del paciente.

A tal conclusión se debe llegar por cuanto, al interior del centro asistencial, se le prestó al menor toda la atención médico hospitalaria que éste necesitaba, aplicando medicamentos, haberle practicado exámenes y haberlo entubado, etc., intentado una mejoría para con el menor, se le endilgue a la entidad una culpa a la cual (sic); si por el contrario no hubiera prestado, sí se hubiera presentado una omisión visible del deber de cuidado y de prestación competente y óptimo del servicio médico¹¹⁶.

Contra este razonamiento y su decisión, la parte demandante interpuso y sustentó de forma oportuna recurso de apelación con la intención de que se revocara y, en su lugar, se accediera a sus pretensiones. Argumentó que la Entidad demandada sí era responsable del daño cerebral que había padecido el niño Carlos Alberto Rojas porque se había acreditado plenamente dentro del expediente que el mismo había sido la consecuencia directa de una infección bacteriana de carácter nosocomial. Se apartó de la forma cómo el Tribunal había absuelto a la Entidad basado en una presunta no acreditación de la falla del servicio médico hospitalario, cuando lo que se debatía en el seno del proceso era lo referente a la *“falta de asepsia en la institución”*, que desembocó en un riesgo para el paciente respecto a la adquisición de la bacteria que causó toda la afectación a su estado de salud¹¹⁷.

¹¹⁶ COLOMBIA. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. Sala de Descongestión. Sección Tercera. Sentencia de 22 de diciembre de 2004.

¹¹⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Óp. Cit. p. 4-5.

Como se puede observar, la denegación de las pretensiones por parte del a quo se fundamentó en el tradicional régimen de la falla probada del servicio para actividades médicas, cuya obligación siempre será de medio y no de resultado; cuestión que a nuestro entender es la más correcta ya que no se introduce en la compleja tarea de justificar cómo es que la actividad médico asistencial es un riesgo en sí mismo para predicar de ella un tipo de responsabilidad objetiva que deje de lado todos los esfuerzos del personal médico por preservar una vida, ya que al parecer—en aplicación de esa teoría—de nada vale la diligencia médica si en el “riesgoso” escenario nosocomial el individuo adquiere la bacteria. ¿Acaso el riesgo de los hospitales públicos es un riesgo provecho?

4.3. Consideraciones del Consejo de Estado.

Luego de asumir la competencia y de aclarar cuál es el valor de los medios probatorios que se allegaron al proceso, la Sección Tercera del Consejo de Estado aclara cuáles son los hechos que se probaron en el trámite procesal:

-El 18 de junio de 1999, el menor Carlos Alberto Rojas, de ocho meses de edad, ingresó al servicio de urgencias de la Clínica del Niño, perteneciente al Instituto de Seguros Sociales, con un cuadro de deficiencia respiratoria y fiebre. De acuerdo a lo que se extrae de la historia clínica, el paciente había sido valorado en tres ocasiones por urgencias, de forma previa; y se le había tratado con penicilina procainica N° 3, pantomicina y ventilán en jarabe, ya que presentaba estado gripal.

-En cuanto a los antecedentes perinatales al momento de ingresar a la clínica, se dejaron claros los siguientes puntos: madre de 28 años y padre de 35 años. Controles perinatales normales. Era producto de un primer embarazo con parto por cesárea en la clínica San Pedro. Al momento de nacer pesa 4.500 gramos. Neonato normal. Desarrollo psicomotor adecuado. Inmunizaciones al día.

-En aquella oportunidad, los galenos diagnosticaron bronconeumonía, motivo por el cual el menor fue hospitalizado y sometido a intensa terapia respiratoria,

exámenes de laboratorio y suministro de medicamentos hasta el día 23 de julio, día en el que fue dado de alta con el siguiente diagnóstico: *“bronconeumonía parcial tratada (mejor) y síndrome obstructivo respiratorio resuelto”*.

-El 6 de julio de 1999, el menor tuvo que internarse nuevamente a través del servicio de urgencias de la clínica Jorge Bejarano, ya que presentaba *“hipertemia de 6 días de evolución”*. En esta ocasión, el equipo médico diagnosticó *“otitis media aguda, bronconeumonía, síndrome bronco-obstructivo y enfermedad reciente fue dado de alta de ocho meses de edad, diarreica aguda”*, por ende, ordenaron inmediatamente un coprocultivo y tratamiento con antibióticos.

-El coprocultivo practicado dio como resultado—el 13 de julio de 1999—que la causa de la enfermedad diarreica aguda era la presencia de *klebsiellaneumoniaemultirresistente”* en el organismo del paciente. En ese lapso, Carlos Alberto Rojas permaneció hospitalizado y medicado, con oxígeno, cánula nasal y control de signos vitales, mostrándose siempre “alerta” y estable, aunque con aspecto pálido y diarrea persistente.

-El 16 de julio de 1999, se practicó lo que se llama un cultivo y recuento de colonias, dando como resultado la aparición de la bacteria denominada *cándida albicas*. Para ese momento, el paciente ya había empezado a manifestar cuadros de fiebre, irritación aguda y un progresivo deterioro de su estado clínico; tanto así, que el 23 de julio siguiente, debió ser ingresado a la Unidad de Cuidados Intensivos con el siguiente diagnóstico *“neumonía multilobar nosocomial, enfermedad diarreica aguda por klebsiellamultirresistente, SIRS (síndrome de respuesta inflamatoria sistémica), sepsis, CID, síndrome anémico*.

-En la UCI, Carlos Alberto Rojas permaneció intubado, con apoyo ventilatorio y tratamiento con antibióticos hasta el 15 de agosto de 1999, día en el cual se ordenó su traslado de nuevo a piso.

-El 18 de agosto, al menor se le practicó una valoración física integral que arrojó como resultado la detección de secuelas de *encefalopatía hipóxica*. Del mismo

modo, fue sometido a una escanografía cerebral simple, que a su vez mostró secuelas de evento infeccioso (meningitis), causado por la *klebsiellaneumoniaey* además *hidrocefalia leve de tipo comunicante*”.

-El 09 de septiembre de 1999, el niño fue dado de alta con diagnóstico de *“neumonía multiobal nosocomial, enfermedad diarreica aguda por germen multirresistente y show séptico, síndrome anémico transfundido, derrame pleural bilateral, hidrocefalia leve comunicante*.

-Entre el 19 y 20 de junio de 2000, el menor Carlos Alberto Rojas fue remitido a la Asociación Colombiana Pro Niño con Parálisis Cerebral (Propace), donde se concluyó que presentaba una *“enfermedad motriz cerebral, cuadriplejia mixta (predominio izquierdo), regresión en el desarrollo psicomotor, secuelas de meningitis hipoxia”*.

-Carlos Alberto Rojas Pérez nació el 06 de octubre de 1998. Sus padres son Aura Edith Pérez Rodríguez y Juan Carlos Rojas Tacha, quien a su vez es hijo de la señora Elina Tacha.

4.3.1. El problema jurídico.

Según se desprende del fallo, el objeto de debate recayó sobre la posibilidad de declarar al Instituto de Seguros Sociales como administrativamente responsable del daño que los demandantes alegaban, que consistió, básicamente, en la afectación motriz y cerebral del menor Carlos Alberto Rojas Pérez como consecuencia de una meningitis bacteriana que contrajo mientras estuvo hospitalizado en la Clínica del Niño-Jorge Bejarano.

Para llegar a una conclusión, la Sala afirma que resulta importante establecer si existió o no una falla del servicio que pudiera tenerse como desencadenante de la enfermedad, y si no es así, si esa condición era un requisito sine qua non para proceder a imputar responsabilidad a la Administración por el daño que argumentaba la parte demandante, o si por el contrario, basta con que el hecho esté acreditado con base en el dictamen de medicina legal, el cual afirmó que la

meningitis se produjo a raíz de una bacteria de origen intrahospitalario, denominada *klebsiellaneumoniaemulirresistente*, para que el juicio de imputabilidad se pueda configurar en contra de la entidad, pero esta vez bajo un régimen objetivo¹¹⁸.

4.3.2. Análisis jurídico de la Sala.

Para la Sala el daño estaba acreditado ya que la prueba documental aportada en el trámite del proceso acreditaba que el menor Carlos Alberto Rojas Pérez presentaba una enfermedad motriz cerebral, cuadriplejia mixta con predominio izquierdo con regresión en el desarrollo psicomotor; todo lo anterior, como consecuencia de una meningitis bacteriana que adquirió y desarrolló mientras estuvo hospitalizado en la Clínica del Niño-Jorge Bejarano, vinculada a la Entidad demandada.

Del mismo modo, el parentesco existente entre el demandante y sus representantes, los señores Juan Carlos Tacha y Aura Edith Pérez Rodríguez, junto con su abuela la señora María Elina Tacha, permite inferir que todos ellos sufrieron dolor, aflicción y congoja por el lamentable estado de salud del niño. En este punto, la Sala recordó que la prueba del parentesco resulta idónea y suficiente para demostrar el perjuicio moral, no solo de los padres sino también de los abuelos, ya que atendiendo a las reglas de la experiencia, es claro que la pérdida o afectación del estado de salud de un nieto produce en ellos un inmenso dolor, no solo por la tristeza que deben afrontar sus propios hijos, *“sino por la frustración de la expectativa frente a ese nuevo ser que es su descendencia”*¹¹⁹.

No sucedió lo mismo con los señores Israel Pérez e Idalyd Rodríguez de Pérez, ya que a pesar de haber llegado al proceso invocando su condición de abuelos del menor Carlos Alberto Rojas Pérez, no aportaron ni siquiera prueba sumaria de ese parentesco, cuestión que tampoco permitía configurar un posible daño moral

¹¹⁸ Ibídem. p. 7-8.

¹¹⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 26 de marzo de 2008, expediente 16085. C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

derivado de la enfermedad del niño, razón suficiente para excluirlos de ser beneficiarios de las posibles indemnizaciones que pudieran proceder.

En lo referente a las circunstancias que tuvieron que ver con la producción del daño, la Sala encontró como acreditado dentro del expediente que efectivamente la meningitis que afectó al menor Carlos Alberto Rojas fue causada por la bacteria *klebsiellaneumoniaemutirresistente*. Se logró acreditar que la bacteria estaba en el organismo del niño desde que fue hospitalizado por segunda vez en el centro asistencial, porque se dictaminó esta era la responsable de la enfermedad diarreica que había presentado en aquella oportunidad.

La Sala afirma que si bien es cierto no existía una prueba directa de la adquisición de la bacteria en el centro hospitalario, sí habían ciertos indicios que daban cuenta de ello. Afirma que estaba demostrado que antes que se detectara la bacteria en el organismo del menor, este ya había permanecido cinco días hospitalizado en la clínica Jorge Bejarano, con un diagnóstico de bronconeumonía. Para la Corporación, dicha circunstancia indicaba que la bacteria sí era intrahospitalaria, porque es sabido que la permanencia por varios días en un centro asistencial constituye un factor de riesgo para la transmisión de esta clase de agentes patógenos¹²⁰.

Otra circunstancia que daba pie para pensar que la bacteria había sido adquirida en el centro hospitalario es que había sido calificada como multiresistente, es decir, aquellas que son adquiridas en los centros médico-asistenciales y que por ende, se convierten resistentes a varias clases de antibióticos, incidiendo de forma negativa en las enfermedades que se pueden contraer en el nosocomio. Entonces, al existir prueba indiciaria de que efectivamente el paciente había adquirido la bacteria en la Clínica del Niño-Jorge Bejarano, en el mismo momento que fue hospitalizado por primera vez, es decir, desde el 18 hasta el 23 de junio de 1999, fue posible concluir que el daño que tuvo que padecer el niño Carlos

¹²⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 29 de agosto de 2013, expediente 30283. C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourt. p. 9

Alberto Rojas Pérez se había originado en una infección hospitalaria, definida por la Organización Mundial de la Salud en los siguientes términos:

“Una infección contraída en el hospital por un paciente internado por una razón distinta de esa infección. Una infección que se presenta en un paciente internado en un hospital o en otro establecimiento de atención de salud en quien la infección no se había manifestado ni estaba en período de incubación en el momento del internado. Comprende las infecciones contraídas en el hospital, pero manifiestas después del alta hospitalaria y también las infecciones ocupacionales del personal del establecimiento”¹²¹”

Bajo ese entendido, lo que procuró resolver la Sala en aquella oportunidad para poder obtener un juicio de verdad frente a la Entidad demandada, radicaba en determinar cómo se podía explicar que el menor hubiese sido afectado por una infección y/o enfermedad de carácter nosocomial. Según los demandantes, esto se debió a una falla en el cumplimiento de los deberes de higiene y asepsia a cargo de la Clínica del Niño, ya que el personal de enfermería no manejó bien los desechos hospitalarios ya que *“la caneca de la basura, con desechos de toda clase, se encontraba a los pies de su cama [la del niño] y a pesar de la insistencia de sus padres para que los ubicaran en otro sitio esto no fue posible (...)”¹²²*. Por su parte, la Entidad demandada afirmaría que haber contraído la bacteria se debía exclusivamente a la especial condición de salud del paciente, que lo hacía mucho más proclive a desarrollar la patología ya mencionada.

El Consejo de Estado, citando una providencia de la Corte Suprema de Justicia, afirma que las infecciones nosocomiales sí pueden causarse por diferentes errores relacionados con el desconocimiento del deber de cumplir con normas de carácter sanitario para que las mismas se puedan prevenir, y además, para que

¹²¹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Prevención de las infecciones nosocomiales, 2003, p. 2. Cita de COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 29 de agosto de 2013, expediente 30283. C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourt. p. 9.

¹²² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 29 de agosto de 2013, expediente 30283. C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourt. p. 10.

se puedan emprender las labores de vigilancia de posibles riesgos epidemiológicos o manejo de residuos patogénicos:

“Como es suficientemente conocido, las clínicas y hospitales también pueden incurrir en responsabilidad contractual por culpa para con los usuarios de las mismas, entre otras, cuando por negligencia de aquéllas en la asepsia del instrumental quirúrgico transmiten enfermedades al paciente, o cuando éstas son adquiridas por contagio causado por sus dependientes, o cuando el paciente las adquiere a través del medio ambiente del establecimiento respectivo, así como cuando por imprudencia o impericia, o falta de cuidado y atención no se suministran los medicamentos formulados a los pacientes, o se cumple con esta actividad de manera inoportuna, o, se le aplican por equivocación otros distintos con consecuencias negativas para la salud del enfermo¹²³”.

Para el caso concreto, la Sala afirmó que existía prueba testimonial que refrendaba lo dicho por los demandantes respecto del manejo que se le había dado a todos los desechos hospitalarios por parte del personal de enfermería, ya que la testigo María Clemencia Higuera Donoso le manifestó al juez de primera instancia que el niño había sido dejado en una sala en la que *“había una caneca donde botaban pañales y todos los desechos de ese cuarto grande (...), lo cual le dijimos a la enfermera que por qué no sacaba esa caneca que olía a feo pero no nos hizo caso en ningún momento¹²⁴”*

Aunque la Sala afirma que, desde la óptica del sentido común, el comportamiento descrito arriba no comporta ningún beneficio higiénico al ambiente hospitalario, no es menos cierto que el solo hecho carece de los elementos de juicio suficientes para afirmar que existe una falla en el servicio toda vez que se desconoce cuál es

¹²³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 8 d septiembre de 1998, expediente 5143. M.P. Dr. Pedro LafontPianetta., cita de COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 29 de agosto de 2013, expediente 30283. C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourt. p. 10.

¹²⁴ *Ibidem*.

la norma que le exigía a la Entidad asumir determinada conducta en el manejo y eliminación de ese tipo de desechos.

No obstante, si se llegara a comprobar que ese comportamiento sí estaba prohibido por algún instrumento normativo, o por ciertos protocolos establecidos para prevenir y controlar enfermedades hospitalarias, tampoco prosperaría un juicio de imputabilidad en contra del ISS que se basara en la falla del servicio, ya que no existía una prueba científica que pudiera corroborar que ello había sido la causa efectiva de la infección bacteriana que complicó la salud del menor demandante.

Lo que sí logró acreditar la Sala es que, según lo dictaminó Medicina Legal, la meningitis se desarrolló porque la *klebsiellaneumoniae* encontró un ambiente propicio en el cuerpo del menor para colonizar y propagarse rápidamente, debido a que su organismo estaba inmunodeprimido a raíz de otras complicaciones patológicas que la misma bacteria había ayudado a crear. La Sala afirma que en el hospital, el niño presentó un cuadro de neumonía nosocomial, que también se constituía en otra infección intrahospitalaria. Esta enfermedad es mucho más frecuente en unidades de cuidados intensivos o áreas pre-quirúrgicas, cuando la estancia se prolonga por varios días¹²⁵.

El menor estuvo 23 días en el centro asistencial, según lo que constaba en su historia clínica; y a ello se le debe sumar su edad, el tiempo tan largo que estuvo en dicha Unidad, así como una serie de factores iatrogénicos que se basaron en una manipulación directa de todo el sistema respiratorio a través de entubaciones y aspiraciones constantes. Lo anterior, fue una circunstancia que impulsó el rápido esparcimiento de la bacteria en la flora intestinal del menor, para luego pasar a su árbol bronquial, seguida de un cuadro de otitis media aguda. Sin embargo, la *klebsiellaneumoniae* siguió su rumbo hacia arriba, abrió la barrera hematoencefálica e infectó las meninges.

¹²⁵Ibídem.p. 11.

La Sala destaca que las conclusiones del informe de medicina legal se acomodan a lo dicho por la Organización Mundial de la Salud en sus diferentes estudios, donde se puede observar con claridad que uno de los factores que más puede influir en la aparición de infecciones hospitalarias es la misma vulnerabilidad del paciente, así como el uso de material instrumental para tratar deficiencias respiratorias, entre otras patologías:

“Los factores de importancia para los pacientes que influyen en la posibilidad de contraer una infección comprenden la edad, el estado de inmunidad, cualquier enfermedad subyacente y las intervenciones diagnósticas y terapéuticas. En las épocas extremas de la vida – la infancia y la vejez – suele disminuir la resistencia a la infección. Los pacientes con enfermedad crónica, como tumores malignos, leucemia, diabetes mellitus, insuficiencia renal o síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida) tienen una mayor vulnerabilidad a las infecciones por agentes patógenos oportunistas. Estos últimos son infecciones por microorganismos normalmente inocuos, por ejemplo, que forman parte de la flora bacteriana normal del ser humano, pero pueden llegar a ser patógenos cuando se ven comprometidas las defensas inmunitarias del organismo. Los agentes inmunodepresores o la irradiación pueden reducir la resistencia a la infección. Las lesiones de la piel o de las membranas mucosas se producen sin pasar por los mecanismos naturales de defensa. La malnutrición también presenta un riesgo. Muchos procedimientos diagnósticos y terapéuticos modernos, como biopsias, exámenes endoscópicos, cateterización, intubación/respiración mecánica y procedimientos quirúrgicos y de succión aumentan el riesgo de infección. Ciertos objetos o sustancias contaminados pueden introducirse directamente a los tejidos o a los sitios normalmente estériles, como las vías urinarias y las vías respiratorias inferiores¹²⁶”

¹²⁶ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Óp. Cit. p. 2, cita de COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 29 de agosto de 2013, expediente 30283. C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourt. p. 12.

En estas condiciones, sin embargo, no es posible afirmar que el daño le pueda resultar atribuible a la Entidad demandada a título de falla en el servicio, pues no se pudo acreditar que la afectación de la salud del paciente sea un efecto del desconocimiento de algún deber que el centro asistencial tenga en materia de higiene y limpieza para prevenir infecciones nosocomiales. Para la Sala, la enfermedad se produjo porque el paciente era altamente vulnerable a efectos de contraerla debido a su estado de salud, la edad y el largo período de hospitalización que tuvo que asumir, lo anterior según todo el recaudo probatorio realizado en el proceso.

Para la Sala tampoco es acertado que se afirme que Carlos Alberto Rojas recibió una insuficiente y defectuosa atención médica, ya que ello no pudo acreditarse en ninguna parte del expediente. Es decir, no se probó, como erróneamente lo sostuvo la parte demandante, que hubo un tratamiento inadecuado del estado gripal que el niño había presentado inicialmente, o que su estado de salud se hubiera agravado debido a negligencia y a conductas por fuera de la *práctica médica adecuada*, lo anterior, porque el informe de medicina legal no dice nada al respecto. Por el contrario, en el informe se da cuenta de que la actuación estuvo exenta de errores o impericia en el manejo del diagnóstico y el tratamiento:

La meningitis presentada por el paciente fue de carácter fulminante, ha (sic) pesar del plan de tratamiento antimicrobiano efectuado teniendo en cuenta los protocolos de tratamiento a seguir en la práctica médica. Se observa que el paciente se deterioró tempranamente y rápidamente durante el curso de su enfermedad. Presentando posteriormente una complicación de la meningitis y la hipoxia. La enfermedad cerebral motriz y la cuadriplejia mixta. Patologías éstas que le ocasionaron parálisis con pérdida de las funciones motrices, afectando la postura y el movimiento, espasmos, falta de control muscular, movimientos involuntarios, problemas de lenguaje y retraso (sic) mental.

(...).

Al revisar las diferentes intervenciones médicas efectuadas al menor, como los diferentes diagnósticos, basados en los cuadros clínicos y apoyados en los exámenes paraclínicos. Las medidas terapéuticas y las medidas profilácticas utilizadas fueron empleadas de acuerdo con la “lexartis”. Implica que el procedimiento empleado era el usual para estos casos, se tuvo en cuenta la aplicación del conocimiento médico, en cuanto se refiere a la norma de atención, protocolos de diagnóstico y tratamiento¹²⁷”

Una vez que la Sala descarta la existencia de una falla probada del servicio que pudiera ser atribuible al Instituto de Seguros Sociales, la pregunta que se hace es si la responsabilidad de la entidad demandada puede fundamentarse, tal como lo sugiere la parte demandante, en un régimen de falla presunta, que llevaría a afirmar que la carga de demostrar todas las medidas de asepsia, limpieza y esterilización para evitar el hecho dañoso, radica en cabeza del Instituto de Seguros Sociales.

La Sala recuerda que la jurisprudencia del Consejo de Estado admitió en una época dicha posibilidad. Algunas decisiones declararon que en los casos en los cuales se discute la responsabilidad de la administración derivada de infecciones intrahospitalarias, la entidad demandada tiene la carga de demostrar que el daño causado no se configuró por su negligencia:

Con la copia de la historia clínica allegada al expediente (f. 7 c. 2) aparece demostrado que Mariela Gutiérrez de Quiroga, quien tenía la condición de afiliada a la entidad demandada, efectivamente fue operada de cataratas en la clínica Fray Bartolomé de las Casas, por cuenta de la Caja de Previsión Social de Bogotá D.C.; que tres días después de la operación presentó una grave infección y que al no poder controlarse mediante drogas, a la paciente se le extrajo el ojo derecho y se le implantó una prótesis.

Lo anterior evidencia, entonces, de una parte, la existencia de un daño sufrido por la demandada; y de otra, la relación de causalidad del mismo con la

¹²⁷ Ibídem. p. 13.

intervención que le fue practicada por la entidad demandada, cuya demostración se cumple simplemente acreditando que el daño sufrido ha sido causado como consecuencia del tratamiento o intervención practicada por la demandada, sin que implique la demostración de la causa específica que lo determinó.

(...) A la entidad demandada le correspondía desvirtuar la presunción de falla que obraba en su contra, en virtud de la cual se estimaba precisamente que la infección había ocurrido por su falta de diligencia.

(...).

Si era probable que la infección hubiese ocurrido en la sala de cirugía, como lo admite la propia médica tratante, la demandada tenía la carga de demostrar las precauciones que allí se tomaron para practicar la operación o al menos explicar cuáles fueron los resultados de las investigaciones que el propio hospital hizo para investigar la causa de la citada infección. Y la falta de dicha prueba, que deja en la indeterminación la causa específica del daño, acarrea como consecuencia que en desarrollo de la presunción jurisprudencial establecida en esta materia, dicho daño se impute a la entidad prestadora del servicio médico¹²⁸”

No obstante, el criterio de la falla presunta—resalta la Sala—si bien fue utilizado por el Consejo de Estado para resolver la mayoría de los casos de responsabilidad médica más allá de aquellos derivados de las infecciones intrahospitalarias—posteriormente se abandonó bajo la premisa según la cual no todos los hechos y circunstancias relevantes para determinar si las entidades públicas obraron de forma debida, tienen connotaciones técnicas y científicas, por lo que se consideró que no era razonable exigirles, en todo momento, que

¹²⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 6 de noviembre de 1997, expediente 11782. C.P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

demonstraran que el servicio fue prestado adecuadamente para poder exonerarse de responsabilidad¹²⁹.

Afirma la Sala que actualmente, la regla aplicada por la jurisprudencia sostiene que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados procesalmente todos los elementos que la configuran, tales como el daño, la actividad médica y la causalidad entre ésta y aquel¹³⁰, sin importar que para la demostración de este último punto las partes pudieran valerse de todos los medios de prueba legalmente aceptados, destacándose entre ellos la llamada prueba indiciaria:

(...) de manera reciente la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño.

Se acoge dicho criterio porque además de ajustarse a la normatividad vigente (art. 90 de la Constitución y 177 del Código de Procedimiento Civil), resulta más equitativa. La presunción de la falla del servicio margina del debate probatorio asuntos muy relevantes, como el de la distinción entre los hechos que pueden calificarse como omisiones, retardos o deficiencias y los que constituyen efectos de la misma enfermedad que sufra el paciente. La presunción trasladada al Estado la carga de desvirtuar una presunción que falló en una materia tan compleja, donde el álea constituye un factor inevitable y

¹²⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 10 de febrero de 2000, expediente 11878. C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

¹³⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias de 31 de agosto de 2006, expediente 15772. C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio; de 3 de octubre de 2007, expediente 16402, de 30 de julio de 2008, expediente 15726. C.P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar; de 21 de febrero de 2011, expediente 19125. C.P. Dra. Gladys Agudelo Ordóñez, entre otras.

donde el paso del tiempo y las condiciones de masa (impersonales) en las que se presta el servicio en las instituciones públicas hacen muy compleja la demostración de todos los actos en los que éste se materializa.

En efecto, no debe perderse de vista que el sólo transcurso del tiempo entre el momento en que se presta el servicio y aquél en el que la entidad debe ejercer su defensa, aunado además a la imposibilidad de establecer una relación más estrecha entre los médicos y sus pacientes, hace a veces más difícil para la entidad que para el paciente acreditar las circunstancias en las cuales se prestó el servicio (...).

La desigualdad que se presume del paciente o sus familiares para aportar la prueba de la falla, por la falta de conocimientos técnicos, o por las dificultades de acceso a la prueba, o su carencia de recursos para la práctica de un dictamen técnico, encuentran su solución en materia de responsabilidad estatal, gracias a una mejor valoración del juez de los medios probatorios que obran en el proceso, en particular de la prueba indiciaria, que en esta materia es sumamente relevante, con la historia clínica y los indicios que pueden construirse de la renuencia de la entidad a aportarla o de sus deficiencias y con los dictámenes que rindan las entidades oficiales que no representan costos para las partes¹³¹”

En lo que toca a la responsabilidad de la Administración por el ejercicio de la actividad médica, la Sala afirma que el juicio de imputabilidad no siempre parte del supuesto de contradicción de los postulados de la lexartis, es decir, que se ha presentado un funcionamiento anormal, negligente o descuidado del servicio médico¹³². Afirma la Sala que la actividad médica en condiciones de normalidad puede dar pie para que el juicio de responsabilidad se pueda configurar.

¹³¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 31 de agosto de 2006, expediente 15772. C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio, reiterada luego en la sentencia de 28 de septiembre de 2012, expediente 22424. C.P. Dra. Stella Conto Díaz del Castillo, cita de COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 29 de agosto de 2013, expediente 30283. C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourt. p. 14-15.

¹³² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 21 de febrero de 2011, expediente 19125. C.P. (e) Dra. Gladys Agudelo Ordóñez, cita de COLOMBIA.

Para sustentar dicha postura—completamente salida de la tradición del Consejo de Estado—la Sala afirma que el eje del sistema de responsabilidad extracontractual en Colombia no gravita alrededor del concepto de la falla del servicio, sino del daño antijurídico:

“Con la expedición de la Carta Política de 1991, se introdujo una cláusula general de responsabilidad del Estado que expresamente señala: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

Analizados los antecedentes históricos de esta disposición se tiene que el Constituyente estimó la necesidad de fundamentar un sistema de responsabilidad estatal que, en concordancia con la jurisprudencia ya decantada en principio por la H. Corte Suprema de Justicia y posteriormente por esta Sección, fuera comprensiva no sólo de los regímenes tradicionales de falla y culpa, sino que, además, abarcara los de estirpe objetiva, entre ellos, expresamente, la concepción del daño especial. Así lo explicó el Constituyente Juan Carlos Esguerra Portocarrero al rendir ponencia ante la Asamblea Nacional:

“Por otra parte, conviene señalar que el régimen que se propone en materia de responsabilidad patrimonial del Estado no se limita a su mera consagración expresa a nivel constitucional, sino que, además incorpora los más modernos criterios sobre la materia, consistentes en radicar el fundamento de esa responsabilidad en el daño antijurídico y en su imputabilidad al órgano estatal. De esta manera se resuelve el problema que hoy ya plantea la evidente insuficiencia del criterio de la llamada “falla del servicio público”, dentro de la cual no caben todas las actuales formas y casos de responsabilidad patrimonial, tales como el de “la responsabilidad por daño especial”.

“En otras palabras, se desplaza el soporte de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad del daño producido por ella.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 29 de agosto de 2013, expediente 30283. C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourt. p. 15.

Esta antijuridicidad habrá de predicarse cuando se cause un detrimento patrimonial que carezca de un título jurídico válido y que exceda el conjunto de cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social”.

Resulta claro, entonces, que la razón de ser del artículo 90 fue la de resaltar el papel central de la víctima – y no del Estado- en la dilucidación de los casos en los cuales se controvertiera la existencia de la responsabilidad estatal. Tal visión resulta concordante con la consagración del Estado Colombiano como un Estado Social de Derecho en el cual la dignidad de los individuos ha pasado a ser la base y el centro del ordenamiento jurídico.

(...).

Como viene a resultar de todo lo anteriormente visto, no aparecen como razonables, ni histórica, ni jurídicamente, las voces que pretenden entender el artículo 90 constitucional como una norma basada únicamente en el criterio de la causalidad fáctica, dirigida a la acción u omisión de los agentes estatales, toda vez que dicha hermenéutica desconoce el verdadero alcance y sentido del precepto superior que consulta la totalidad de valores y principios asentados en la Carta Política, debiéndose recalcar que su consagración como norma de rango superior fue la conclusión de un proceso histórico que venía encontrando la obligación del Estado de responder no solo en caso de falla o culpa de sus agentes, sino también en otros eventos en los que el daño ocurría por efecto de circunstancias fácticas desligadas físicamente del actuar de la entidad estatal, pero que comprometían su responsabilidad toda vez que obedecían a causas que jurídicamente le eran imputables y porque, además, ocasionaban el rompimiento de las cargas públicas de los individuos¹³³”

Bajo ese entendido, cuando se ha logrado acreditar la ausencia de la falla del servicio que se podía atribuir a la entidad demandada, no significa ello que se pueda predicar una completa ausencia de responsabilidad de la Administración. Para la Sala pueden existir otras razones tanto fácticas como jurídicas, muy

¹³³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 19 de abril de 2012, expediente 21515. C.P. Dr. Hernán Andrade Rincón y en similar sentido, sentencia de 28 de septiembre de 2012, expediente 22424. C.P. Dra. Stella Conto Díaz del Castillo.

diferentes a la inobservancia de determinada forma de conducta que se le exige al Instituto de Seguros Sociales en materia de atención y prevención de enfermedades infecciosas, que se pueden convertir a su vez en fundamentos para imputar el deber de reparar¹³⁴.

Teniendo en cuenta el derecho comparado, la Sala afirma que en lo tocante a la responsabilidad por enfermedades e infecciones hospitalarias, existe una tendencia que aboga por la *objetivización* de esta clase de responsabilidad para los centros asistenciales; así las cosas, al paciente le basta con demostrar que el daño padecido es una consecuencia directa de la enfermedad que adquirió mientras permanecía en el centro médico.

La Sala recuerda la experiencia francesa al respecto, en donde existe un sistema de responsabilidad sin culpa¹³⁵ de orden legal para las infecciones nosocomiales, el cual gira entorno a tres ejes fundamentales: el riesgo (porque las infecciones nosocomiales existen y cualquiera puede contraerlas), la igualdad (ya que todas las personas son iguales y por ende, todas tienen derecho a que se les proteja, aunque olvidando que por esta misma razón se dejan de garantizar recursos para cientos de afiliados al Sistema de Salud) y la solidaridad (porque pese a que no se van a enfermar todos, todos sí se deben hacer cargo de los daños que cualquiera pueda padecer, cuestión que también olvida que cuando la infección nosocomial se contrae el centro asistencial no se desliga—ni podría hacerlo—del servicio médico asistencial, a contrario sensu, es cuando más debe poner al servicio del usuario todas las herramientas técnicas y científicas para que sus efectos se mengüen, sin que ello pueda implicar, adicionalmente, la asunción de una cuantiosa indemnización).

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ *La Ley del 4 de marzo de 2002, también conocida como “Ley Kouchner”, establece dos sistemas específicos y distintos de responsabilidad por infecciones hospitalarias. El primero, aplicable a los establecimientos de salud, tanto públicos como privados, que es de carácter objetivo. El segundo, aplicable a los médicos, que es de carácter subjetivo (falta probada). Juan Manuel Prevot, Responsabilidad civil de los médicos, editorial AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008, p. 318, cita de COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 29 de agosto de 2013, expediente 30283. C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourt. p. 18.*

La única forma para que los centros asistenciales públicos o privados, así como sus profesionales, puedan exonerarse de cualquier tipo de responsabilidad, es demostrando que la infección se presentó por un factor ajeno al servicio sanitario, es decir, que se contrajo fuera del nosocomio, cuestión prácticamente improbable y que, tienden a convertir las salas de los hospitales en “*verdaderas urnas de cristal*”.

Por su parte, en Argentina, según recuerda la Sala, además de considerar que efectivamente las infecciones intrahospitalarias son una concreción de riesgo en sí mismas consideradas, propio de la actividad médica, también existe un sector de la doctrina y de la jurisprudencia según el cual:

“Junto al deber principal de prestar asistencia médica, el establecimiento sanitario asume un deber de seguridad que siempre es objetivo” y que puede estar referido a una obligación de medios –caso de los actos puros de profesión de los facultativos–, pero también de resultados, como lo es la que consiste en garantizar la inocuidad de “las cosas utilizadas, ámbitos físicos, instrumentos quirúrgicos, aparatos de rayos, etcétera, que pueden resultar riesgosos o viciosos”¹³⁶ (...)”

Por la especial relevancia que la actividad médica cumple en tanto medio de preservación de la vida del ser humano, es por lo menos arbitrario someter dicha actividad a una afirmación como la anterior, porque prácticamente, en la misión de salvar o mejorar la calidad de vida de una persona, no se podrán emplear criterios científicos, aun bajo el epicentro del consentimiento informado, so pena de que cualquier acción relacionada con el actuar médico es un riesgo en sí mismo considerado. Nada más contrario a una filosofía de la responsabilidad del Estado que se compadezca con un entendimiento mucho más sofisticado del daño.

¹³⁶ PREVOT, Juan Manuel. Óp. Cit. p. 329, cita de COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 29 de agosto de 2013, expediente 30283. C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourt. p. 18.

Igualmente, la Sala recuerda que en Chile la jurisprudencia ha considerado, de manera más moderada, que la enfermedad y/o infección contraída dentro del centro asistencial, es una evidencia, *prima facie*, de una especie de negligencia respecto a los deberes preventivos que recaen sobre el hospital, también conocida como una falla del servicio del hospital público. Se ha aplicado en estos casos un régimen de presunción de culpa, en virtud del artículo 2329 del Código Civil.

No obstante, esta postura ha sido desechada por un sector mayoritario de la doctrina, para el cual el daño y no la culpa siempre será el fundamento de la responsabilidad del Estado, surgiendo simplemente un deber automático de indemnización por el solo hecho de contraer una infección en el proceso hospitalario, con la única condición de acreditar la relación de causalidad entre la entrada al centro asistencial y el daño mismo *“sin importar si hubo o no culpa en el establecimiento”*¹³⁷.

La Sala, en la oportunidad que se analiza, afirma sin ambages que el tema de la responsabilidad del Estado por infecciones nosocomiales ha sido poco desarrollado por la jurisprudencia contencioso-administrativa. Pero a la vez, acepta que existen unos “escasos” pronunciamientos de la misma Corporación, en donde el tema ha sido mencionado al solo efecto de señalar, que los daños que se derivan de las infecciones nosocomiales no son considerados como *eventos adversos*¹³⁸ que se asocian al incumplimiento de obligaciones de seguridad y vigilancia, las cuales son exigibles jurídicamente a las instituciones que prestan servicios de salud, sino que deben ser analizados desde una óptica objetiva de responsabilidad:

*“(…) en los daños derivados de infecciones intrahospitalarias o nosocomiales
(…) constituyen lesiones antijurídicas que se analizan dentro de los actos*

¹³⁷ BARRIOS BOURIE, Enrique. Óp. Cit. p. 693, cita de COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 29 de agosto de 2013, expediente 30283. C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourt. p. 18.

¹³⁸ COLOMBIA. MINISTERIO DE SALUD. Resolución N° 1446 de 2006. Anexo Técnico.

médicos y/o paramédicos, y que, por consiguiente, se rigen por protocolos científicos y por la lexartis; en consecuencia, si bien gravitan de manera cercana a la obligación de seguridad hospitalaria, no pueden vincularse con la misma, motivo por el que en su producción no resulta apropiado hacer referencia técnicamente a la generación de un evento adverso. Por el contrario, aquéllos constituyen daños antijurídicos que tienden a ser imputados o endilgados –y así ha sido aceptado por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia extranjeras– desde una perspectiva objetiva de responsabilidad, razón por la que no tendrá relevancia jurídica la acreditación de que la entidad hospitalaria actuó de manera diligente o cuidadosa, sino que lo determinante es la atribución fáctica o material del daño en cabeza del servicio médico y sanitario brindado, asociado con el factor de riesgo que conllevan las mencionadas circunstancias¹³⁹”

Con todo, la Sala acepta que el Consejo de Estado, en temas de infecciones intrahospitalarias, se ha basado en una especie de improvisación teórica, ya que no se ha desarrollado una dogmática sistemática que pueda ser aplicable, al día de hoy, a todos los casos de daños que se desprenden de esta clase de eventos en los que, sin embargo, se insiste en decir que no cabe la falla del servicio (criterio que es acertado porque realmente falla no existe, pero tampoco existe una justificación para perseguir de forma desesperada la configuración del daño cuando el mismo es inherente a la preservación de la vida, y es causado a través de la misma vía que se trata)¹⁴⁰.

Por todo lo anterior, la Sala afirma que según el derecho comparado, sólo se pueden analizar estos casos con base en un régimen objetivo de responsabilidad, para lo cual es posible aplicar la teoría del riesgo excepcional.

¹³⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 19 de agosto de 2009, expediente 17733. C.P. Dr. Enrique Gil Botero y sentencia de 24 de marzo de 2001, expediente 20836. C.P. Dr. Enrique Gil Botero, Danilo Rojas Betancourt. p. 19.

¹⁴⁰ *Ibíd.*

Frente a este título jurídico de imputación, la Sala cita un aparte jurisprudencial, muy similar a los analizados en acápite precedente, el cual hace hincapié en la generación de un riesgo:

(...) deriva su existencia de la consideración según la cual el sujeto de derecho que despliega una actividad cuya realización implica el riesgo de ocasionar daños, debe asumir la responsabilidad derivada de la causación de éstos en el evento en que sobrevengan o de que, aun cuando la actividad no entrañe verdadera peligrosidad, conlleva la asunción de las consecuencias desfavorables que su ejercicio pueda producir, por parte de la persona que de dicha actividad se beneficia¹⁴¹”

Si bien existen riesgos asociados al ejercicio médico, no por ello sus consecuencias son dejadas al azar. La actividad médica, por su finalidad de preservar la vida frente a patologías de todo orden, se mueve en medio de grandes riesgos, pero su razón de ser desde el punto de vista ontológico no le permite agotarse en la sola generación del riesgo y dejar todo en manos del destino, como sí puede ocurrir con quien conduce un vehículo oficial o quien acciona un arma de dotación oficial. De ahí que no se puede afirmar que el servicio de salud que prestan los centros asistenciales vinculados al Estado se benefician del riesgo inherente al ejercicio médico, no sólo porque el bienestar de los ciudadanos depende en gran parte de un correcto servicio de salud prestado por parte del Estado, sino porque constitucionalmente es una obligación de éste velar porque así sea.

La Sala destaca que de las cuatro modalidades de riesgo que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado, esto es, riesgo-peligro, riesgo-beneficio, riesgo-conflicto y riesgo-álea, esta última es la que más se ajusta a las condiciones de los daños derivados de las infecciones nosocomiales, razón por la

¹⁴¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 26 de marzo de 2008, expediente 16530. C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez, cita de COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 29 de agosto de 2013, expediente 30283. C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourt. p. 20.

que a través de ella se puede realizar el juicio de imputación. Esta teoría afirma que cierto tipo de actividades o procedimientos, pueden originar, con la intervención del azar o cualquier otro factor imprevisible, la producción de daños sin necesidad de que medie la culpa¹⁴².

En el fallo, la Sala recuerda que la aplicación de la categoría del riesgo alea, cuyo origen radica en la jurisprudencia francesa, se ha reservado a aquellos eventos en los que el daño se produce por el uso de cierto instrumental médico diseñado para el diagnóstico o tratamiento de ciertas enfermedades o patologías¹⁴³, o por la ejecución de ciertos procedimientos que tienen el mismo objetivo:

De acuerdo con el artículo 16 de la ley 23 de 1981, por medio de la cual se dictan normas en materia de ética médica, “la responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento no irá más allá del riesgo previsto. El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados.” (Se subraya).

De esta norma se desprende que los procedimientos médicos o quirúrgicos crean riesgos para el paciente y que en relación con aquellos previstos, puede comprometerse la responsabilidad del médico tratante y por supuesto de la entidad pública en la cual presta sus servicios.

Como lo dijera esta Sala en sentencia del 24 de agosto de 1992, expediente 6754, Consejero ponente Carlos Betancur Jaramillo, “si bien el ejercicio de la medicina en sí no puede calificarse como una actividad peligrosa, sí puede representar un gran riesgo para los pacientes por los imponderables que la rodean, por lo que significa para la integridad física y mental de las personas usuarias del servicio y porque, además, dichos pacientes no estarán en la mayoría de los casos en condición de evidenciar las fallas que puedan presentarse durante el proceso operatorio”.

¹⁴² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 8 de junio de 2011, expediente 17990. C.P. Dra. Gladys Agudelo Ordóñez.

¹⁴³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 22304. C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

Ya también la jurisprudencia del Consejo de Estado francés ha admitido que en ciertas circunstancias particulares, la responsabilidad hospitalaria puede comprometerse sin que se advierta ninguna falla, con fundamento en el riesgo.

Así, en la sentencia Bianchi del 9 de abril de 1993, se dijo que “si no puede advertirse ninguna falla”, “cuando un acto médico necesario en el diagnóstico o en el tratamiento de la enfermedad presenta un riesgo donde la existencia es conocida pero donde la realización es excepcional y donde ninguna razón permite pensar que el paciente haya sido particularmente expuesto, la responsabilidad del servicio público hospitalario se compromete si la ejecución de ese acto es la causa directa de daños sin relación con el estado inicial del paciente como con la evolución previsible de ese estado, y presenta un carácter de extrema gravedad.”

Así, hoy, la responsabilidad hospitalaria, que en principio sólo se compromete frente a una falla del servicio probada o presunta, puede comprometerse también en forma excepcional por riesgo.

De esta manera el juez administrativo se ha adelantado a los proyectos legislativos que en materia de álea o azar terapéutico se han venido estudiando hace varios años y ha respondido a una cierta expectativa de la sociedad, teniendo el cuidado de fijar unos estrechos límites para no paralizar el ejercicio de la medicina y no perjudicar a los pacientes¹⁴⁴.

A pesar que el recuento jurisprudencial del riesgo alea permite inferir que su aplicación más acertada se debe dar frente a actos médicos de carácter experimental, la Sala, en el fallo estudiado, afirma que nada impide que esta categoría de imputación pueda extenderse a los casos en los que el daño es consecuencia de una infección contraída en el nosocomio, ya que—en el juicio de ese momento—las infecciones dañosas se consolidan a raíz de la concreción de

¹⁴⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, expediente 10251. C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque, cita de COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 29 de agosto de 2013, expediente 30283. C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourt. p. 21-22.

un riesgo que es conocido por la misma ciencia médica, pero que se torna *irresistible* puesto que su materialización depende de la mediación ineluctable del azar¹⁴⁵.

Partiendo de una interpretación diferente de la categoría de hecho irresistible, el cual, por lo general, no compromete la responsabilidad patrimonial de la Administración porque es considerado como un caso fortuito, la Sala afirma que es adecuada la visión de un amplio sector de la doctrina que considera que en tratándose de infecciones intrahospitalarias no se puede hablar de casos fortuitos porque, sencillamente, no se pueden desligar del servicio público de salud:

Quienes encuadran las infecciones hospitalarias en esta eximente [caso fortuito] sostienen que se trataría de un acontecimiento inevitable, ya que la asepsia cero no existe, con lo cual se intenta trasladar el riesgo en cabeza del paciente, liberando de responsabilidad al ente.

En nuestra opinión, las infecciones hospitalarias no constituyen esta eximente, pues el caso fortuito que quiebra la relación de causalidad en la responsabilidad objetiva es el externo al ámbito de actuación de los establecimientos asistenciales, pues el interno se confunde con la esfera de acción de su propio riesgo.

(...).

La infección hospitalaria puede comportar un caso fortuito, pero en todo caso será un caso fortuito interno a su actividad, por lo cual no puede liberar al establecimiento asistencial¹⁴⁶ (...)

Tampoco puede considerarse, según la Sala, que se pueda exonerar a la Administración por los daños que se derivan de infecciones nosocomiales, afirmando que estas pueden encajar en lo que otro sector de la doctrina denomina

¹⁴⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 29 de agosto de 2013, expediente 30283. C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourt. p. 22.

¹⁴⁶ PREVOT, Juan Manuel. Óp. Cit. p. 328, cita de COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 29 de agosto de 2013, expediente 30283. C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourt. p. 23.

riesgos del desarrollo, ya que dicho concepto hace alusión a situaciones que además de ser irresistibles, son completamente imprevisibles. Las infecciones producto del nosocomio, como lo viene señalando la doctrina de la Sala, si bien son aceptadas como irresistibles, no se predica de ellas su imprevisibilidad, ya que constituyen un riesgo bien conocido por la ciencia médica, de modo que son prevenibles y controlables, al punto que la cantidad de infecciones nosocomiales que se puedan observar en un centro asistencial es un factor esencial en la medición de la calidad y la seguridad en la atención¹⁴⁷.

Como se puede observar, todos estos criterios dan cuenta de una clara falla en el servicio, ya que si las infecciones nosocomiales—atendiendo la postura de la Sala—son completamente previsibles desde el punto de vista del ejercicio interno de la actividad médica, es claro también que están dentro del radio de control del centro asistencial, cuestión que necesariamente llevaría a afirmar que si la infección se concreta sobre el cuerpo de un paciente, es porque ha fallado el servicio médico en cuanto a prevención, condiciones de higiene y procedimientos quirúrgicos. Es decir, no sería posible hablar de la concreción de un riesgo, sino de la indebida prestación del servicio, razón por la que el régimen aplicable sería el subjetivo, siendo obligación del accionante demostrar que efectivamente no se cumplieron con los protocolos dispuestos para tal fin, so pena de exonerar al centro hospitalario de responsabilidad¹⁴⁸.

En síntesis, para la Sala, el riesgo sí puede ser útil para poder atribuir jurídicamente responsabilidad a la Administración por los daños que se causen a raíz de una infección de carácter nosocomial, es decir, la que se adquiere en el ámbito interno del hospital. Afirma que en estos eventos, la responsabilidad debe ser objetiva, por lo que la parte demandada, para poder liberarse de la obligación de indemnizar los perjuicios, deberá acreditar que el paciente ingresó al ámbito nosocomial portando el cuadro infeccioso.

¹⁴⁷ *Ibíd.*

¹⁴⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 8 de junio de 2011, expediente 17990. C.P. Dra. Gladys Agudelo Ordóñez.

En el caso concreto, la Sala encontró acreditado, a través del dictamen de medicina legal, que la meningitis que sufrió el niño Carlos Alberto Rojas Pérez y que alteró gravemente su desarrollo psicomotriz—que era adecuado cuando ingresó a la Clínica Jorge Bejarano—fue causada por la bacteria *klebsiellaneumoniae multirresistente*, la cual es de carácter intrahospitalario. Esta circunstancia es suficiente para que la Corporación concluya que el Instituto de Seguros Sociales es administrativamente responsable del daño que padeció la parte demandante, ya que, según todo el recorrido doctrinal y jurisprudencial anterior, las enfermedades nosocomiales deben imputarse a los establecimientos de salud a título de riesgo excepcional siempre que se logre demostrar—presuntamente como en el sub lite—que entre la enfermedad y el daño existe un nexo de causalidad.

Insiste la Sala que no obstante ser las infecciones nosocomiales en principio irresistibles, también son prevenibles y controlables. Esta cuestión implica que las clínicas y hospitales vinculados al Estado adopten todas las medidas encaminadas a cumplir los protocolos establecidos por las respectivas autoridades, de tal forma que se puedan reducir los riesgos que se configuran para los pacientes, especialmente para los más vulnerables como los niños, las personas de la tercera edad y quienes padecen patologías crónicas. Estos riesgos se pueden materializar por el uso de instrumental médico, por la presencia prolongada en los nosocomios y el contacto directo o indirecto con pacientes infectados.

Igualmente, la Sala recuerda que es tarea de las autoridades encargadas del control y vigilancia de la prestación de los servicios de salud, estar al pendiente del cumplimiento de estas medidas y al mismo tiempo, monitorear cuál es la incidencia de las infecciones intrahospitalarias en los centros asistenciales, bien sea públicos o privados. Así se puede promocionar una implementación estratégica que permita identificar las prácticas en la atención médica que pueden ayudar en la aparición y concreción del riesgo de este tipo de infecciones,

repercutiendo negativamente en los indicadores de calidad de la atención en salud¹⁴⁹.

Por todas las razones anteriores, la Sala revocó la sentencia apelada y además, ordenó que una copia de la providencia fuese enviada al Ministerio de Salud de modo que se pudiera crear una fórmula que permitiese la implementación de programas para detectar, prevenir y reducir los riesgos de enfermedades asociadas a la prestación de servicios de salud.

4.4. Reacciones doctrinales frente al fallo.

En términos generales, tanto por la doctrina jurídica especializada así como por la comunidad médica en general, el fallo que se acaba de referenciar no tuvo una buena acogida. Básicamente, fue considerado un rompimiento de los lineamientos éticos del ejercicio médico, además de defender un discurso desconocedor de la realidad de las infecciones nosocomiales en este país, poco preparado técnicamente en ese campo y colmado de intermediarios en un sistema de salud donde, al parecer, el único responsable es el médico tratante y no el sistema considerado como un todo.

En ese orden de ideas, es suficientemente ilustrativa la visión que del fallo tuvo en su momento el tratadista Javier Tamayo Jaramillo, ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Civil y uno de los hombres que más puede conocer sobre diversos temas de responsabilidad civil y del Estado en Colombia. En efecto, en columna de 12 de diciembre de 2013, publicada por el portal web de la revista *Ámbito Jurídico*, el doctrinante asegura, como efectivamente se descubrió en el análisis precedente, que el fallo descarta, de forma categórica, una falla del servicio de salud público-hospitalario¹⁵⁰.

¹⁴⁹ *Ibíd.*

¹⁵⁰ TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Responsabilidad por infecciones hospitalarias*. Columna de opinión de 12 de diciembre de 2013, disponible en www.ambitojuridico.com recuperado el 27 de febrero de 2016.

Advierte, y no podría ser de otra forma—teniendo en cuenta el recorrido jurisprudencial abordado—que si bien la solución no es nueva ni en el derecho colombiano, ni mucho menos en el derecho comparado, ello no es óbice para que se cuestione, de manera juiciosa y analítica, sus componentes estrictamente jurídicos, así como su grado de justicia y sobretodo, conveniencia. Afirma que si el fallo es leído tangencial y aisladamente, no parecería ser objeto de reproche alguno.

Acto seguido sostiene que la sentencia adolece de graves falencias axiológicas, normativas y prácticas, las cuales resume en tres puntos de inflexión: (i) afirma que la providencia va en contravía de la dinámica de los principios constitucionales; (ii) se desliga completamente del análisis económico del Derecho y (iii) desnaturaliza por completo los fines de la teoría del riesgo excepcional¹⁵¹.

Frente al tema de los principios constitucionales, sostiene que ellos deben ser entendidos *prima facie*. Quiere decir lo anterior, que los principios y derechos consagrados en la constitución sólo pueden ser exigidos siempre que su realización sea posible jurídica y fácticamente. En otras palabras, la materialización del derecho se dará siempre que no existan circunstancias de hecho y/o de derecho que impidan su aplicación.

Según Tamayo, el principal defecto de la jurisprudencia contencioso-administrativa en materia de responsabilidad del Estado es precisamente ese, es decir, aceptar sin más las pretensiones indemnizatorias de los actores, cuestión que viola el fundamento constitucional relacionado con las características de los principios y derechos, sin perjuicio de la proliferación de esa visión según la cual el Estado es un fondo financiero que está obligado a asumir, sin más, todo tipo de decisiones judiciales.

Bajo esa misma línea, sostiene que la compleja realidad del sistema de salud en Colombia tiene múltiples orígenes, entre los que destaca la corrupción, la falta en

¹⁵¹ *Ibidem*.

sí misma de recursos y afirma que otro factor de la actual crisis tiene que ver directamente con la forma cómo, sin ningún tipo de control, los tribunales condenan a las instituciones a suministrar todo tipo de requerimientos en salud que se salen de la órbita legal, o peor aún, al pago de indemnizaciones cuantiosas cuyo sustento teórico ha sido, en variadas ocasiones, la culpa presunta y con el fallo que critica, se empodera el riesgo excepcional¹⁵².

Al mismo tiempo, lamenta cómo las corporaciones de justicia se ven en múltiples problemas por las limitaciones económicas, respecto de las cuales deben hacer caso omiso para proceder a la imposición de una serie de cargas al Ejecutivo, el cual debe empezar a repartir los recursos inicialmente destinados al cubrimiento y garantía de derechos de orden constitucional, para que se logre sufragar lo que la respectiva condena prescribe.

Posición que, en todo caso, no deja de ser bastante polémica, ya que se desprende de ella una especie de rechazo por el reconocimiento judicial de derechos, cuestión que constituye una de las principales garantías que tienen los ciudadanos en el Estado Social de Derecho cuando el texto ambiguo y corto de la norma no es capaz de brindar las soluciones expeditas que se requieren *ipso facto*. Seguramente, si no hubiese corrupción, mala técnica legislativa y un peor diseño institucional del Sistema de Salud, la intervención de los jueces en ese sentido sería mínima o nula, pero los defectos endémicos motivan su entrada en escena para poder equilibrar lo que prima facie ha estado desbalanceado.

En cuanto a las condenas, sí es cierto que muchas sentencias—al menos en tratándose de responsabilidad médica del Estado—parecieran fundamentar, de forma deliberada de diferentes posturas jurídicas que so pretexto de garantizar la aplicación del artículo 90 de la Constitución Política, a veces tergiversan los postulados históricos de la responsabilidad, los cuales, si bien no se pueden

¹⁵² *Ibidem*.

predicar pétreos, tampoco pueden ser tomados de forma fragmentaria solo para solucionar un caso concreto cuyos impactos fiscales pueden ser muy sensibles.

Sostiene que si de posibilidades jurídicas se trata, la teoría del riesgo excepcional como un factor de imputación de responsabilidad a cargo de los hospitales públicos tiene la vocación de aumentar a tal punto las sentencias condenatorias, que se pone en entredicho el derecho a la igualdad de la mayoría de ciudadanos de escasos recursos que ven en el Estado—también con su limitada capacidad financiera—como el único llamado a garantizar asistencia médica y hospitalaria:

Es decir, las sumas fabulosas que por responsabilidad objetiva se les paga a los demandantes dejan en la absoluta indigencia a la mayoría de los pobres que también requieren servicios de salud¹⁵³.

Aunque la palabra indigencia no sea la correcta, porque de todas maneras no es posible relacionar una falencia en la prestación del servicio de salud a cargo del Estado, con la situación de indigencia en la que varios miles de colombianos viven su día a día, lo cierto es que, en palabras de Tamayo, tanto la una como la otra hacen parte de un modelo económico elitista y extractivo, donde cada uno de los servicios públicos tiende a privatizarse solo para enriquecer a unos pocos, siendo en ocasiones, afortunadamente escasas, los jueces quienes se vuelven cómplices de ese *mal originario*.

Finalmente, Tamayo afirma que aquellos que defienden la responsabilidad médica por riesgo excepcional, no pueden denominarse progresistas, toda vez que en la práctica, ella sólo resulta utópica, retrógrada y elitista, cuyos mayores beneficiarios son los abogados demandantes, quienes se quedan con un porcentaje nada despreciable de las indemnizaciones. Al mismo tiempo, vuelve a insistir en que si grandes grupos de la sociedad hoy se encuentran carentes de servicios de salud, es porque la responsabilidad médica sin culpa impide que estos se financien¹⁵⁴.

¹⁵³ *Ibíd.*

¹⁵⁴ *Ibíd.*

En lo que atañe al análisis económico del Derecho, Tamayo empieza diciendo que los aspectos económicos de la responsabilidad civil en Colombia son poco analizados por el Consejo de Estado. Sostiene que este tipo de decisiones tienen un tinte populista-judicial que equivocada y generalizadamente, considera que el Estado está en la capacidad de pagarlo todo. Acto seguido, sostiene que es impresionante cómo en el fallo se cita de forma despreocupada la Ley Francesa 1577 de 2002, la cual se expidió precisamente para ponerle freno al auge de las teorías que, sin más, condenaban a los demandados.

Esta norma, en sana sensatez según Tamayo, lo que hizo fue crear un sistema mixto de responsabilidad basado en la culpa, el seguro obligatorio y la seguridad social. El seguro obligatorio de responsabilidad civil que la norma consagra es suficiente para que se pague cualquier condena contra el médico siempre que se cause el daño de forma culposa. Es decir, si la culpa no se acredita, sencillamente el médico no responde y la póliza no se activa.

En el sistema francés, resalta Tamayo, no es que hospitales y médicos respondan objetivamente por el alea terapéutico y las infecciones nosocomiales, sino que mediante un sistema de solidaridad social, y no de responsabilidad civil, el Estado asume las reparaciones a las víctimas. Es sencillo: ni los médicos que han incurrido en culpa y mucho menos los hospitales entendidos como institución responden por los perjuicios, los cuales terminan siendo pagados por seguros obligatorios y en general, por el sistema de seguridad social. Sin embargo, esta realidad ha sido posible en el país europeo debido a la enorme riqueza que ha acumulado Francia, más si se le compara con la riqueza acopiada por el estado colombiano¹⁵⁵.

Empero, este modelo es difícil de aplicar en Colombia, ya que los seguros privados para médicos y hospitales tienen una cobertura mínima, y en ocasiones, ni siquiera las aseguradoras acceden a venderlos; por otro lado, un fondo de

¹⁵⁵ *Ibidem*.

garantías históricamente se ha tornado inviable porque se han hecho intentos que han terminado en actos de corrupción. La diferencia radica que en Francia, siendo el modelo a seguir según el fallo analizado, ni los hospitales ni médicos arriesgan su patrimonio, mientras que en Colombia, los jueces, so pretexto de un progresismo cuestionable, condenan con falta de rigor a quien no ha cometido culpa, poniendo en aprietos presupuestales al sistema.

Frente al riesgo excepcional, Tamayo afirma que es lo más desconcertante del fallo referenciado, máxime cuando el sustento teórico y doctrinal que lo acompaña no tiene reparos en afirmar que la responsabilidad del Estado en temas de hospitalización debe ser objetiva porque esta desemboca en un riesgo provecho, aleatorio y excepcional¹⁵⁶.

Sostiene que no se logra dilucidar con suficiente certeza si lo que quiere el fallo es hallar pretextos y sofismas que logren justificar argumentativamente la decisión de condenar al Estado, o si por el contrario, extralimitando su motivación, se tergiversa la teoría del riesgo como una fuente de responsabilidad objetiva. Tal como se mencionaba en medio del análisis del fallo, se comparte la posición del doctrinante cuando asegura que es un error sostener que el centro asistencial demandado debe responder objetivamente porque presuntamente se beneficia de la actividad médica que ejerce.

Recuerda que desde hace más de 120 años tanto la doctrina como la jurisprudencia tienen claro que el Estado responderá objetivamente, si, por ejemplo, tiene a su cargo la explotación de una fábrica de municiones (riesgo provecho), pero no se justifica que del mismo modo responda sólo por cumplir con la Constitución e incluso con el Código Penal cuando, cumpliendo la esencia ontológica de la medicina, lo somete a un riesgo—o a su concreción—en medio

¹⁵⁶ *Ibíd.*

de los intentos por salvarle la vida al enfermo, obviamente sin culpa de su parte (riesgo obligado)¹⁵⁷.

Igualmente, el tratadista sostiene que uno es el contexto de Francia y otro muy diferente es el contexto colombiano. Si los franceses reparan cualquier daño que sufran los pacientes, lo hacen basados en su enorme capacidad financiera para sostener los seguros privados y un fondo de garantías eficaz, con músculo económico y transparente; evidentemente este no es el mismo camino que se ha seguido en Colombia, razón por la que la cuestión socioeconómica debe influir en la aplicación de soluciones jurídicas más elaboradas.

En el riesgo excepcional, entendido de forma tradicional, el demandado es libre de actuar en su provecho, cuestión que difiere ostensiblemente del riesgo terapéutico, en donde el médico que se rehúse a actuar puede ser objeto de las sanciones del Código Penal. Además: ¿Cómo demostrar que el ISS, en el caso analizado, estaba obteniendo un provecho al momento de brindarle tratamiento a un enfermo grave? ¿Acaso la aplicación masiva de este criterio no autoriza a los médicos a no ser obligados a prestar servicios de salud por temor a comprometer su responsabilidad?

Desde el punto de vista penal, el daño que los médicos puedan llegar a causar en su ejercicio está plenamente justificado siempre que no se acredite la culpa; siendo así, es claro que si no existe culpa, el daño propio del riesgo terapéutico también debe justificarse en materia de responsabilidad patrimonial del Estado. Siguiendo los postulados de la providencia, toda la responsabilidad médica se torna objetiva, atendiendo al riesgo inherente a su ejercicio; si bien esta teoría tuvo una acogida fuerte en países como España, de donde es originaria, lo cierto es que a raíz de los problemas que causó para el ejercicio de la medicina tuvo que ser recogida por el profesor García de Enterría, quien inicialmente fuera su mentor.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

Sí existen bacterias intrahospitalarias prácticamente imposibles de controlar, más que todo cuando se trata de centros asistenciales de municipios apartados. Si por este tipo de infecciones que algunos hospitales responderán administrativamente, seguramente su desaparición es inminente, cuestión que realmente pone en entredicho la teoría que sustenta el fallo porque so pretexto de proteger a un paciente y a su familia, puede dejar sin servicio de salud a un centenar¹⁵⁸.

Desde la orilla del análisis económico del Derecho, y como reacción a los lineamientos del profesor Tamayo, el autor Javier Francisco Franco Mongua, afirma que el fallo analizado produce los llamados *incentivos contrarios* en quienes prestan servicios de salud. Afirma que el derecho de daños propugna por la protección de quienes potencialmente podrían ser lesionados por actos de terceros; no obstante, apunta a que los niveles de prevención tampoco pueden ser irrazonables o sencillamente imposibles. Con un criterio de esta índole llevado a su máxima expresión, se podría pensar en lo peligroso de querer llegar a prohibir la muerte misma, aun cuando la actividad médica haya hecho hasta lo imposible para evitarla¹⁵⁹.

La actividad médico-sanitaria está sujeta a riesgos que pueden minimizarse a través de la aplicación de ciertos protocolos, pero pensar en que ellos van a eliminarse por completo es por lo menos ilusorio; es por ello que, según Franco, a la actividad médica no le puede ser aplicable un régimen objetivo de responsabilidad, completamente inviable en términos jurídicos y económicos.

Sostiene que el debate judicial y académico de fallos como el analizado deben darse desde dos aristas, que son fundamentales en el análisis económico del Derecho: una perspectiva deontologista o basada en valores y una consecuencialista, fundamentada en efectos, de modo tal que se puedan obtener

¹⁵⁸ *Ibíd.*

¹⁵⁹ *Ibíd.*, intervención de Javier Francisco Franco Mongua, columnista invitado y Magíster en Derecho Económico.

consensos mínimos, como cuando se pudo consagrar en la Constitución Política el principio de sostenibilidad fiscal¹⁶⁰.

Posiciones estas que no comulgan con la del profesor Gustavo Quintero Navas, quien sostiene, asumiendo una postura proclive al fallo referenciado, que la responsabilidad extracontractual del Estado manifiesta su evolución según se comporte desde el punto indemnizatorio con la víctima, pues ella es su razón de ser. Es por eso que los diferentes regímenes de responsabilidad, legislativos o jurisprudenciales, deben contribuir a justificar de forma racional cómo es que se concede una indemnización¹⁶¹.

Afirma que la decisión del Consejo de Estado se ajusta a toda lógica moderna de responsabilidad. Por un lado, las infecciones que se pueden contraer en el medio hospitalario, a no ser que se evidencie la culpa—y con ella la falla del servicio—son un riesgo ínsito a ese ejercicio. Sostiene que no sería justo someter a quien padezca un perjuicio de esa naturaleza a no obtener indemnización alguna.

Celebra que esa categoría situada dentro del régimen de la responsabilidad objetiva permite dejar de reprochar cualquier conducta al hospital, pero sin dejar de reivindicar la “desgracia” del que buscando mejorar o recuperar su salud, se empeora o muere por razones diferentes a su patología inicial. Para Quintero, es errado sostener de manera general que el dinero público no pueda contribuir a mitigar en algo el dolor que puede causarse a raíz de los perjuicios derivados del medio nosocomial, ya que esta es una de las garantías del Estado Social de Derecho. En todo caso recuerda que aunque en el fallo se logra evidenciar un régimen de responsabilidad de cara a las víctimas, el juez sigue siendo riguroso a la hora de exigir la acreditación del perjuicio, ya que él, siempre será *guardián de los dineros públicos*¹⁶².

¹⁶⁰ *Ibíd.*

¹⁶¹ *Ibíd.*, intervención de Gustavo Quintero Navas, columnista invitado, profesor asociado de la Universidad de los Andes.

¹⁶² *Ibíd.*

En lo que se refiere a la comunidad médica, sensiblemente afectada por el fallo, vale destacar lo que en su momento diría Álvaro Villanueva en una columna de 21 de noviembre de 2013 publicada por el portal web del Periódico El Herald de Cartagena, en la que este líder de la comunidad médica, candidato a Doctor en Salud Pública de la Universidad de Harvard, afirma, en primera instancia, que no existe duda que los actos médicos, aún los realizados con las mejores intenciones, pueden producir una serie de resultados adversos¹⁶³.

En todo caso, advierte que si para algo está diseñada la medicina es para hacer el bien y nunca para generar daño, con lo cual deja entrever que no se siente muy satisfecho con la parte resolutive de la providencia. Afirma que las infecciones intrahospitalarias, que actualmente son mejor conocidas como infecciones asociadas al cuidado de la salud (IAAS), definitivamente son un evento adverso a la práctica médica, es decir, tienen la entidad suficiente para producir lesión o daño no intencional, que es producto de la misma atención en el centro asistencial y no de la enfermedad con la cual ingresa el paciente. Para demostrar la incidencia de esta clase de infecciones en la muerte de los pacientes, afirma que entre el 5 y el 10% de ellos, en condiciones de hospitalización, sufren IAAS, lo cual arroja como resultado más de cien mil muertes al año, solo en los Estados Unidos¹⁶⁴.

Y arroja un dato impresionante, que pone en entredicho el sustento empírico del fallo analizado: las infecciones adquiridas durante la atención en salud no son prevenibles en el 70% de los casos. Es decir, la posibilidad de adquirir una infección en el nosocomio puede deberse a múltiples factores y circunstancias, entre las que destacan el estado del paciente, las condiciones espaciales del sitio de atención, el cumplimiento de reglas, medidas sanitarias, reglamentos, protocolos, recomendaciones, entre otras.

¹⁶³ VILLANUEVA, Álvaro. *Fallo histórico por infecciones intrahospitalarias*. Columna de 21 de noviembre de 2013. Disponible en www.elheraldo.co recuperado el 27 de febrero de 2016.

¹⁶⁴ *Ibíd.*

Recuerda que en los fundamentos de la sentencia del Consejo de Estado se dijo que: *“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”*¹⁶⁵. Este académico afirma, con extrañeza, que el fallo del Consejo de Estado encontró algo nuevo en lo que desde hace mucho tiempo los trabajadores de la salud venían trabajando: se deben controlar las infecciones porque las mismas son una de las causas más frecuentes de muerte.

Es decir, el académico se inquieta con la presunta innovación de la Corporación, pero deja ver que no encuentra nada de novedoso en ese descubrimiento. Afirma que sin saber muy a fondo cuál fue la asesoría médica y científica que el Consejo de Estado tuvo, lo que sí es cierto es que quiere transmitir la idea de que con una orden judicial las infecciones tenderán a desaparecer. Afirma que juzgar al Instituto de Seguros Sociales o a Caprecom, por ser entidades ineficientes y corruptas, es algo bastante redundante, máxime cuando el mismo Gobierno ha dispuesto que ellas sean gestoras¹⁶⁶.

Sostiene que aunque el fallo haya sido en Derecho, la responsabilidad que se le imputa al hospital se erige frente a un tipo de enfermedades que el propio Consejo de Estado desconoce, lo que desembocará en que la misma se traslade al médico simplemente como una conducta irresponsable y/o negligente. Del mismo modo, afirma que un fallo es insuficiente para que las EPS o IPS cumplan de forma seria y diligente con los requerimientos de los pacientes y constituye un intento antijurídico de minimizar la realidad del sistema de salud.

Asimismo, ignorar que la mayoría de infecciones nosocomiales no se pueden controlar, es dejar de lado los elementos estructurales del sistema de salud y del ejercicio médico en sí mismo considerado. Es juzgar a los médicos como si ellos no tuviesen un componente ético y científico, o peor aún, es pensar que los

¹⁶⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 29 de agosto de 2013, expediente 30283. C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourt. p. 24.

¹⁶⁶ *Ibíd.*

médicos son ruedas sueltas, inexpugnables y sin ningún tipo de control como, por ejemplo, un comité de ética médica o comités científicos independientes. Según Villanueva, el mensaje que la sentencia envía es que los médicos son responsables de su propio invento, aprender a curar a los demás a través del rigor y la formación prolongada que la mayoría de jueces ignora. Afirma que mágicamente, el Consejo de Estado, con el fallo examinado, descubre cuál es la fórmula para que las infecciones se acaben¹⁶⁷.

El representante de la Asociación Colombiana de Infectología le reclama al Consejo de Estado por qué no se cuestionó sobre cómo actúan las Empresas Promotoras de Salud y en general las Instituciones que carecen del personal debidamente capacitado en infectología y control de infecciones; además, recuerda qué sucederá con las clínicas de garaje existentes, así como el papel que las asociaciones médicas y universidades juegan en dicho proceso. Si realmente el fallo del Consejo de Estado hubiese querido trascender en sus aspiraciones de corregir la práctica médica en materia de infecciones, mejor hubiera sido que se pronunciara sobre el monopolio de las EPS y si verdaderamente la Superintendencia está cumpliendo a cabalidad o no con sus funciones. En últimas, el Consejo de Estado tuvo que haberse pronunciado sobre una eventual Reforma a la Salud y sus consecuencias:

La Asociación Colombiana de Infectología (Acin) rechaza el fallo en sus recomendaciones y lo califica de equivocado, porque las infecciones asociadas al cuidado de la salud no son absolutamente prevenibles, y aunque es factible reducirlas, llevarlas a cero es imposible, incluso en los escenarios más evolucionados del mundo. Los miembros de Acin nos colocamos a la disposición del Consejo de Estado, para asesorarlos en decisiones que beneficien a las comunidades, que nos impidan no atender pacientes por el temor a una sanción¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Ibídem.

¹⁶⁸ Ibídem.

4.5. Actualidad jurisprudencial frente a la responsabilidad patrimonial del Estado por infecciones nosocomiales después del fallo de 29 de agosto de 2013.

Posterior a la sentencia de 29 de agosto de 2013, la Sección Tercera del Consejo de Estado confirmó su postura acerca del riesgo excepcional, específicamente la del riesgo alea, diciendo al respecto que la hospitalización es una actividad peligrosa que en sí misma tiene el potencial de generar riesgos en los pacientes. Así lo recordó la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de 30 de abril de 2014:

Las bacterias hospitalarias que generan daños en los pacientes y que son relevantes para el análisis de la responsabilidad, son las llamadas multirresistentes y resulta imposible erradicarlas totalmente de los hospitales. Si bien la falta de asepsia es un factor que puede facilitar la existencia de tales bacterias hospitalarias, la ciencia médica informa que aún en las condiciones más óptimas de higiene es posible hallarlas. Por esta razón, pueden ocurrir eventualidades en las que se presenta un caso de infección de origen intrahospitalario, no obstante, la entidad de salud haber cumplido los protocolos de higiene. Teniendo en cuenta lo anterior, la jurisprudencia colombiana ha dado un tratamiento diferente al daño causado por las mismas. Así, en algunos casos ha encontrado responsable al Estado por falla del servicio y en otros por riesgo excepcional¹⁶⁹.

Igualmente, en fallos emitidos de manera posterior por la Sección Tercera, tales como el de 10 de septiembre de 2014, expediente 21771 y de 29 de septiembre de 2015, expediente 21774, la Corporación reiteró que el título de imputación frente a las infecciones nosocomiales debe ser objetivo, sin que sea necesario que el demandante acredite una actuación negligente del personal médico, ya que

¹⁶⁹COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de 30 de abril de 2014, exp. 28214, M.P. Danilo Rojas Betancourt.

basta con demostrar que la infección se adquirió en el nosocomio, bien sea por la simple estancia o a través de un procedimiento médico¹⁷⁰.

Si bien el Consejo de Estado sigue partiendo de los derroteros de la responsabilidad objetiva para imputar los daños generados por enfermedades intrahospitalarias, no descarta que en ciertos casos la Institución pueda exonerarse de responsabilidad cuando se logra acreditar que la infección se contrajo por factores endógenos o inherentes a la composición fisiológica del paciente, esto es, poco o nada contribuye el ejercicio médico al desencadenamiento del resultado final de carácter infeccioso. Frente a esta forma de resolver los casos, la doctrina ha dicho que:

No es fácil para los sistemas jurídicos la incorporación de un esquema como el que hoy se encuentra estructurado en el sistema francés. En este sentido, se observa que la finalidad de compensar a las víctimas de daños de los accidentes médicos, llámense también riesgo o álea terapéutica, dependerá de la opción política de un sistema jurídico determinado, sea en el sentido de la inercia o la de insistir en un ensanchamiento de los límites de la responsabilidad civil, como sucede actualmente y de manera ocasional en la jurisprudencia de nuestros países. Esta última es más bien la opción preferida por los sistemas latinoamericanos, como el caso de Colombia, cuya jurisprudencia, intermitente en este sentido, intenta aportar soluciones a casos concretos de riesgos o accidentes médicos, a través de la aplicación de reglas de la responsabilidad civil¹⁷¹.

A juicio de los autores, se le hace un favor más grande a la responsabilidad civil, que finalmente es el fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado, si después de acreditarse que la infección nosocomial se desarrolló por factores inherentes al organismo del paciente, definitivamente se descarta cualquier

¹⁷⁰GONZÁLEZ, Martha. Responsabilidad del Estado en casos de contagio de infecciones intrahospitalarias. Universidad Católica de Colombia. Bogotá D.C., 2017.

¹⁷¹WOOLCOTT OYAGUE, Olenka. La indemnización de las víctimas de riesgos médicos allende los límites tradicionales de la responsabilidad civil, en Revista Criminalidad 27 (1) 61-74, 2015. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-31082015000100005

escenario de responsabilidad de la Institución asistencial, porque de lo contrario se crean parámetros de análisis para casos concretos que siguen tornando, eventualmente, el ejercicio médico en una actividad peligrosa. Para que la responsabilidad civil no sea objeto de creaciones intermitentes y para que la actividad médica no sea considerada como de “riesgo prevalente”, se requiere la unificación de conceptos, cuestión que hasta el momento de redacción del trabajo no se ha dado.

Frente a la posibilidad de imputar responsabilidad por las infecciones nosocomiales a través del régimen de la falla del servicio, el Consejo de Estado ha dicho que en determinados eventos la infección se pudo haber evitado a través de una actuación diligente por parte del personal médico¹⁷². Es que los procesos complejos en la actualidad deben manejar la información necesaria para que el riesgo que les es común, pueda prevenirse; de ahí que quien deba responder por el daño sea aquel que está en mayores condiciones de ilustrarse y a la vez, tiene las herramientas necesarias para evitarlo, es decir, el personal médico cuando se trata de infecciones contraídas en el centro asistencial¹⁷³. Aunque en el caso de estas infecciones es bastante complejo acreditar la falla en el servicio del personal médico, ello tampoco es imposible y, en todo caso, para determinar a través de una inferencia razonable que la falla se presentó el juez puede valerse de la prueba indiciaria.

En cuanto a la exoneración de responsabilidad, la actualidad jurisprudencial sigue aplicando el criterio de los factores endógenos que inciden en la infección del paciente, toda vez que las características propias de cada organismo pueden ser determinantes para el desarrollo del cuadro infeccioso. En la sentencia de 30 de abril de 2014 se diría al respecto:

¹⁷²COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 25 de mayo de 2017, expediente 22015, M.P. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

¹⁷³WOOLCOTT OYAGUE, O., VIVAS BARRERA, T. y GARZÓN LANDÍNEZ, T. El problema de las transfusiones de sangre y la transmisión de VIH. Realidad y respuestas del derecho para la protección del paciente (1st ed.). Universidad Católica de Colombia. Bogotá D.C., 2017.

Factores generadores de infección: La ciencia médica ha clasificado estos factores en dos categorías principales a saber: Endógenos: inherentes al paciente, como son: edad, sexo, disminución de las defensas a causa del estrés que genera la hospitalización, la patología de base con la cual ingresa al hospital, la alteración de las barreras anatómicas (piel y mucosas) e inmunológicas (inmunidad humoral y celular) debido a procedimientos invasivos diagnósticos y terapéuticos, uso de antimicrobianos e inmunosupresores, entre otros, necesarios para el tratamiento durante la permanencia en el hospital los cuales determinan la susceptibilidad particular. Exógenos como: a) la virulencia de la cepa: determinada por la patogenicidad de las especies y el número de microorganismos. Generalmente los agentes infecciosos adquiridos en el medio hospitalario, pueden presentar más patogenicidad y/o virulencia y ser más resistentes a los antibióticos y/o antisépticos. b) Inherentes a la institución: incluyen la planta física, su mantenimiento (el medioambiente cuando no es el adecuado puede propiciar la permanencia y transmisión de los microorganismos patógenos.), el cumplimiento de protocolos, el volumen y rotación del personal y el cumplimiento estricto por parte de éste de todas las normas de bioseguridad pertinentes¹⁷⁴.

¹⁷⁴COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de 30 de abril de 2014, exp. 28214, M.P. Danilo Rojas Betancourt.

CONCLUSIONES.

Después de haber recorrido jurisprudencial, el tema de la responsabilidad extracontractual del Estado por actividades médicas desde el punto de vista de las enfermedades intrahospitalarias, es preciso elaborar las siguientes conclusiones:

1. Dentro del ejercicio de la actividad médica, más allá de sus riesgos inherentes y siempre tomando como premisa principal que su misión radica en preservar la vida humana, pueden existir actuaciones culposas o negligentes que, salidas de los protocolos universalmente aceptados, pueden llegar a agudizar el estado patológico del paciente, o peor aún, pueden constituir vulneraciones de derechos fundamentales; de ahí que nociones como la del consentimiento informado hayan tomado, en los últimos años, una fuerza sin precedentes a la hora de hablar de los criterios éticos, jurídicos y bioéticos para la configuración de un juicio de responsabilidad.

2. El Consejo de Estado ha entendido en la mayoría de su accionar judicial, que es contraproducente hablar de responsabilidad médica de carácter objetivo, toda vez que esto significaría enviar un mensaje de riesgo desbordado para el ejercicio asistencial, desestimulando la labor científica y técnica de los médicos.

3. Tradicional y acertadamente, el Consejo de Estado en su Sección Tercera ha considerado que la responsabilidad de la Administración por actividades médicas siempre se debe manejar con base en la teoría de la falla del servicio; y el régimen de imputación preponderante es, el subjetivo o el basado en la culpa.

4. Desde que se abandona la teoría de la falla presunta, la Sección Tercera empieza a considerar que este tipo de infecciones son un riesgo asociado a la práctica médica de las clínicas y hospitales, y que si bien no se desencadenan—prima facie—a raíz de un descuido o una negligencia médica, sí empeoran el estado del paciente, situación que convirtió, de un momento para otro, a la actividad médica en peligrosa, lo cual condujo a la Sala, no sólo en el año 1997, sino en el 2009, 2011, 2012, 2013 con especial fuerza y con una confirmación de

precedente en el 2014, 2015 y 2017, respectivamente, a admitir que el riesgo excepcional era plenamente aplicable a la actividad médica, entendida esta como generadora de un riesgo irresistible, pero no imprevisible, y por ende, prevenible y controlable, esto es, la infección hospitalaria.

5. Poca sistematicidad se ve en la teoría que la Sala quiere inaugurar ya que, asume como fragmentaria la teoría del riesgo excepcional en una carrera que pareciera estar mucho más ligada a querer condenar a la Entidad estatal a como dé lugar: se habla de un riesgo alea, es decir, un riesgo incierto que se encuentra inherente en el ámbito hospitalario y que puede o no configurarse, también se habla de un riesgo provecho, afirmando, sin más, que la Administración obtiene un beneficio del servicio de salud que presta—cuando está más que claro que si existen hospitales públicos es porque la salud es un servicio/deber de cumplimiento obligatorio para el Estado.

6. La teoría del riesgo excepcional ha sido utilizada por el Consejo de Estado para resolver asuntos que inexorablemente sí están ligados a la generación de un riesgo que no necesariamente tiene que ver con un reporte de beneficio para el ciudadano o asociado.

Como se puede observar, la teoría del riesgo excepcional por ningún lado ha sido utilizada, tradicionalmente, para resolver casos relacionados con temas de responsabilidad médica, porque sus presupuestos contrarían en todo la dinámica de la actividad asistencial ya que aplicando la teoría del riesgo sólo es necesario acreditar el hecho dañador y el nexo causal entre ese hecho y el daño causado.

Lo que hace el fallo es inventarse una categoría del riesgo que convierte a la actividad médica en una especie de “aventura impredecible”, y al médico en un “aventurero” que si se atreve a atender a su paciente, deberá acarrear todo lo que a este le pueda suceder, o si no quiere someterse a semejante dilema, podrá optar por no atenderlo ¿No es muy grande, filosófica, jurídica y ontológicamente la contradicción?

El precedente jurisprudencial que se consolidó a partir de la sentencia analizada, mayoritariamente, tanto por juristas como por médicos, es de completo rechazo, y por qué no decirlo, de indignación. Sin embargo, existen sectores que acogen con beneplácito la ratio decidendi de la providencia, arguyendo que siendo la víctima la razón de ser de la responsabilidad del Estado, siempre debe propenderse— como en el fallo—por su reivindicación frente al daño; del mismo modo, celebran que se haya considerado a la actividad médica como riesgosa por naturaleza, siendo completamente injusto que la víctima se quede sin la respectiva indemnización.

BIBLIOGRAFÍA.

BARROS BOURIE, Enrique. Tratado de responsabilidad extracontractual. Editorial Jurídica de Chile, 2009.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 20 de febrero de 1989.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencias de 7 de octubre de 1991, 13 de septiembre de 1991 expediente 6253, 24 de octubre de 1990, expediente 5902, 30 de junio de 1992, Expediente 6897.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 14 de febrero de 1992 y Auto de 10 de junio de 2004, expediente 25416. C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 30 de julio de 1992, expediente 6897. C.P. Dr. Daniel Suárez Hernández.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 25 de junio de 1997, expediente 10504.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 6 de noviembre de 1997, expediente 11782. C.P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de enero 27 de 2000, expediente 8490. C.P. Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 10 de febrero de 2000, expediente 11878. C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de marzo 22 de 2001, expediente 13284. C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de junio 14 de 2001, expediente 11901. C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de abril de 2002, expediente 13227. C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 2 de 2002, expediente 13477. C.P. Dra. María Elena Giraldo Gómez.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de noviembre 28 de 2002, expediente 14397. C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de enero 23 de 2003, expediente 12955. C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de julio 14 de 2004, expediente 14318. C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 11 de 2006, expediente 14400. C.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias de 31 de agosto de 2006, expediente 15772. C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio; de 3 de octubre de 2007, expediente 16402, de 30 de julio de 2008, expediente 15726. C.P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar; de 21 de febrero de 2011, expediente 19125. C.P. Dra. Gladys Agudelo Ordóñez.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 31 de agosto de 2006, expediente 15772. C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio, reiterada luego en la sentencia de 28 de septiembre de 2012, expediente 22424. C.P. Dra. Stella Conto Díaz del Castillo.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 3 de 2007, expediente 25020. C.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de marzo 26 de 2008, expediente 14780. C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 26 de marzo de 2008, expediente 16085. C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 26 de marzo de 2008, expediente 16530. C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril de 2008, expediente 16525. C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 22 de 2008, expediente 26427. C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativa. Sección Tercera. Sentencia de febrero 11 de 2009, expediente 17318. C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 19 de agosto de 2009, expediente 17333. C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 22 de octubre de 2009, expediente 18427. C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 28 de 2010, expediente 20087. C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de junio 09 de 2010, expediente 19074. C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 7 de 2011, expediente 22466. C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 21 de febrero de 2011, expediente 19125. C.P. (e) Dra. Gladys Agudelo Ordóñez.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. sentencia de 24 de marzo de 2011, expediente 20836. C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 7 de 2011, expediente 19801. C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 12 de 2011, expediente 19835. C.P. Dr. Hernán Andrade Rincón.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 8 de junio de 2011, expediente 17990. C.P. Dra. Gladys Agudelo Ordóñez.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 19 de abril de 2012, expediente 21515. C.P. Dr. Hernán Andrade Rincón y en similar sentido, sentencia de 28 de septiembre de 2012, expediente 22424. C.P. Dra. Stella Conto Díaz del Castillo.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 22304. C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A, sentencia de 27 de junio de 2012, expediente 21661. C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A, sentencia proferida el 7 de noviembre de 2012, expediente 26124.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. sentencia de 29 de mayo de 2013, expediente 28483.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B, sentencia de 29 de agosto de 2013, expediente 30283. C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourt.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de 30 de abril de 2014, expediente 28214, M.P. Danilo Rojas Betancourt.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de junio de 2014, expediente 27089. C.P. Dr. Hernán Andrade Rincón.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, expediente 10251. C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 8 de septiembre de 1998, expediente 5143. M.P. Dr. Pedro LafontPianetta.

COLOMBIA. MINISTERIO DE SALUD. Resolución N° 1446 de 2006. Anexo Técnico.

COLOMBIA. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. Sala de Descongestión. Sección Tercera. Sentencia de 22 de diciembre de 2004.

ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO. Sentencias de 21 de marzo de 2000, 12 de julio de 1999, 30 de junio de 1998 y 24 de abril de 1996.

ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO. Sentencias de 18 de mayo de 2007, 15 de septiembre de 2003 y 29 de junio de 1999.

GIL BOTERO, Enrique. Tesoro de responsabilidad extracontractual del Estado. Tomo III, Volumen 1. Editorial Temis, Bogotá D.C., 2013.

GONZÁLEZ, Martha. Responsabilidad del Estado en casos de contagio de infecciones intrahospitalarias. Universidad Católica de Colombia. Bogotá D.C., 2017.

LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura; PÉREZ VELÁSQUEZ, Juan Pablo y otros. Tratado jurisprudencial de responsabilidad por daños. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Prevención de las infecciones nosocomiales, 2003.

PREVOT, Juan Manuel. Responsabilidad Civil de los Médicos. Editorial AbeledoPerrot. Buenos Aires, 2008.

PUIGPELAT, 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.

RUIZ OREJUELA, Wilson. Responsabilidad del Estado y sus regímenes. ECOE Ediciones. Segunda Edición. Bogotá D.C., 2013, p. 197.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Responsabilidad por infecciones hospitalarias. Columna de opinión de 12 de diciembre de 2013, disponible en www.ambitojuridico.com recuperado el 27 de febrero de 2016.

VILLANUEVA, Álvaro. Fallo histórico por infecciones intrahospitalarias. Columna de 21 de noviembre de 2013. Disponible en www.elheraldo.co recuperado el 27 de febrero de 2016.

WOOLCOTT OYAGUE, Olenka. La indemnización de las víctimas de riesgos médicos allende los límites tradicionales de la responsabilidad civil, en Revista Criminalidad 27 (1) 61-74, 2015. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-31082015000100005

WOOLCOTT OYAGUE, O., VIVAS BARRERA, T. y GARZÓN LANDÍNEZ, T. El problema de las transfusiones de sangre y la transmisión de VIH. Realidad y respuestas del derecho para la protección del paciente (1st ed.). Universidad Católica de Colombia. Bogotá D.C., 2017.