



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)
Para leer el texto completo de la licencia, visita:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra
hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

Responsabilidad del estado en casos de contagio de infecciones intrahospitalarias.¹

Martha González²

Universidad Católica de Colombia

Resumen

El presente artículo presenta un análisis del escenario de contagio de pacientes en clínicas u hospitales públicos y la estructuración de la responsabilidad del Estado en estos casos, basado en una metodología de análisis jurisprudencial y doctrinal que permita determinar el título de imputación y los casos que se han presentado en Colombia. El riesgo de contagio de infecciones en el ámbito intrahospitalario no se puede eliminar; cumplir los protocolos, si bien es cierto, disminuye tangiblemente la posibilidad de la ocurrencia de este hecho, no garantiza que no se pueda presentar esta situación, en ese sentido se hace necesario realizar un análisis de la responsabilidad que puede surgir cuando dicho riesgo se llegue a materializar. Así entonces surge en interrogante ¿Cómo se estructura la responsabilidad del estado en los casos de contagio de infecciones intrahospitalarias? A partir del desarrollo de este artículo de reflexión se exponen los posibles escenarios que se pueden presentar en el caso de contagio de una infección intrahospitalaria a un paciente, y este cause daños graves a su salud o incluso la muerte del mismo.

Palabras clave: Responsabilidad del estado, Contagio, Infecciones Intrahospitalarias, Falla en el servicio, Riesgo - alea.

Abstract

The paper presents an analysis of the scenario of contagion of patients in public clinics or hospitals and the structure of the responsibility of the state in these cases, based on a methodology of jurisprudential and doctrinal analysis that allows determining the title

¹ Artículo de reflexión presentado como requisito para optar al título de Abogada de la Universidad Católica de Colombia, bajo la asesoría de la doctora Olenka Woolcott Oyague, docente de la facultad de Derecho, 2017.

² Estudiante de Derecho con materias culminadas, perteneciente a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, identificada con código estudiantil N° 2109410. Correo electrónico: mygonzalez10@ucatolica.edu.co.

of imputation and the cases that are have been presenting in Colombia. The risk of contagion of infections in the hospital setting can not be eliminated, complying with the protocols, although it is true that the possibility of this situation is tangibly diminished, it does not guarantee that this situation can not be presented. an analysis of the liability that can arise when this risk materializes. Thus, the question arises as to how the responsibility of the state is structured in cases of contagion of intrahospital infections. From the development of this article of reflection, the possible scenarios that can be presented in the case of the transmission of an infection inhospital to a patient are presented and this causes serious damages to his health or even death.

Key words: State Responsibility, Contagion, Intrahospital Infections, Service Failure, Risk - alea.

Tabla de contenido

Introduccion.....	5
1. Riesgos de contagio de infecciones intrahospitalarias	7
2. Responsabilidad del estado por actividad medico - sanitaria.....	10
2.1 Carga probatoria en responsabilidad médico - estatal	12
3. Regimenes de responsabilidad del estado en materia de responsabilidad medico - sanitaria.....	14
3.1 Responsabilidad subjetiva	15
3.2 Responsabilidad objetiva	22
4. Responsabilidad por contagio de infecciones intrahospitalarias	24
4.1 Imputación por riesgo excepcional y Teoría del Riesgo-Alea	25
4.2 Imputación por Falla en el servicio.....	29
4.3 Exoneración de responsabilidad	30
Conclusiones.....	32
Referencias	33

Introducción

Los casos presentados de contagio de infecciones intrahospitalarias es un acontecimiento frecuente dentro del ámbito médico, resulta importante determinar en qué casos puede configurarse un caso de responsabilidad extracontractual del estado y como se estructuraría la misma.

El tema de la responsabilidad del Estado y los títulos de imputación que se aplican en las diferentes situaciones representan una discusión jurídica permanente, ya que la jurisprudencia no ha adoptado las mismas teorías en todos los casos donde podría considerarse que existen similitudes respecto de los hechos facticos acaecidos, de esta manera resulta necesario realizar un análisis sobre el tema de la responsabilidad extracontractual del estado en los casos de contagio de infecciones intrahospitalarias en pacientes.

En Colombia precisamente respecto de la responsabilidad del estado por la actividad medico sanitaria cabe resaltar que es un tema ampliamente abordado por la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional debido precisamente a los puntos de discusión que genera, no existe una sola teoría acerca de la forma de atribuir la obligación al estado de reparar los perjuicios cuando estos son resultado de la prestación de un servicio medico hospitalario.

Cabe resaltar de acuerdo a lo expuesto anteriormente que la jurisprudencia emitida en Colombia sobre el tema de responsabilidad del estado en materia sanitaria es unánime en cuanto predica que de acuerdo al artículo 49 de la Constitución Política de 1991 el servicio público de salud prestado por establecimientos públicos es de carácter oficial y es deber del estado organizar, dirigir y reglamentar los mismos conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

El análisis que presenta este artículo de investigación se basa en lo que ha dicho la jurisprudencia en los casos de responsabilidad del estado por contagio de infecciones intrahospitalarias, teniendo en cuenta que se han adoptado diferentes títulos de imputación y se ha abordado el tema desde teorías totalmente opuestas, lo

que no permite tener seguridad jurídica frente a la estructuración de la responsabilidad del estado en este caso concreto.

Así entonces la finalidad de este artículo de investigación busca dar respuesta al problema jurídico ¿Cómo se estructura la responsabilidad del estado en los casos de contagio de infecciones intrahospitalarias?, basado en una metodología de revisión doctrinal hermenéutica y jurisprudencial sobre el tema, que permita abordar el tema desde las diferentes ópticas y proponer un punto de encuentro bajo el cual pueda abordarse de manera uniforme el caso presentado.

1. Riesgos de contagio de infecciones intrahospitalarias

En primer lugar, es necesario resaltar que el riesgo de contagio de infecciones intrahospitalarias está presente en el ámbito clínico de manera permanente, este no puede eliminarse por completo ni aun cuando se siguen los protocolos asignados para los procedimientos.

Las infecciones intrahospitalarias se definen como aquellas infecciones que el paciente contrae o adquiere mientras recibe tratamiento para una condición médica, y la cual no se había manifestado antes, ni se encontraba dentro de periodo de incubación en este paciente, la causa de estas infecciones está asociada a bacterias o microorganismos entre los cuales se encuentran las bacterias, los hongos y virus (Instituto Nacional de Salud, 2017).

La OMS³ considera que las infecciones intrahospitalarias son causantes de una gran cantidad de muertes de pacientes que se encuentran internados en clínicas y hospitales, sin poder reunir datos exactos acerca del porcentaje de ocurrencia de estas ha expresado lo siguiente:

A pesar de que las Infecciones asociadas a la atención en Salud (IAAS) se consideran el evento adverso más frecuente en la atención sanitaria, su verdadera carga mundial se desconoce debido a la dificultad para reunir datos fiables. La OMS estima que entre el 5% y el 10% de los pacientes atendidos en instituciones de salud de países desarrollados contraerán una o más infecciones nosocomiales y que en los países en desarrollo, se calcula que la proporción de pacientes afectados podría superar el 25%. (Ministerio de Salud y Protección Social, 2016, p.31).

La cifra que expone el OMS exponen el déficit que existe en países en desarrollo en materia de atención médico sanitaria, Colombia es un país que cuenta con un serio déficit en materia de atención en salud, ya que los recursos económicos son limitados y las administraciones de los centros de atención en salud no dan prioridad a temas esenciales como lo son las condiciones de higiene y salubridad del lugar.

³ Organización Mundial de la Salud

Estas infecciones reciben también el nombre de infecciones nosocomiales y se han identificado factores de riesgo para su ocurrencia, los cuales han permitido la creación de protocolos para disminuir la ocurrencia de este evento, sin embargo, debe considerarse que el riesgo nunca se puede eliminar en un 100% debido al margen de error en que puede incurrir el personal médico y las condiciones epidemiológicas que se presentan en los centros hospitalarios.

Los factores de riesgo de una infección intrahospitalaria están relacionados al paciente, y circunstancias externas como el ambiente físico y la atención hospitalaria, respecto del paciente los factores son difícilmente modificables ya que dicen relación con la edad, sexo, estado nutricional, nivel socioeconómico, peso al nacer, entre otros. El medio ambiente es reconocido como una de las fuentes potenciales de infecciones intrahospitalarias, como el aire y el agua, las superficies, los objetos y los desechos hospitalarios, todos estos elementos representan un riesgo para el paciente que puede terminar en un contagio de infección intrahospitalaria (Tocornal Cooper,2010).

Si bien existen normas de carácter gubernamental que buscan disminuir los riesgos de contagio de infecciones intrahospitalarios resulta necesario que desde el punto de vista institucional se establezcan mecanismos de prevención y estándares técnicos para la mitigación de este riesgo de contagio, dejando claridad que esto no supone la eliminación total de mismo (Woolcott Oyague, Vivas Barrera & Garzon Landinez, 2017).

Tabla 1. Factores de riesgo de principales infecciones asociadas a la atención en salud

Sitio de infección	Factores de riesgo
Infección de tracto urinario	Sexo femenino Severidad de la enfermedad Cateterización de tracto urinario Roturas en el sistema cerrado Edad avanzada
Neumonía	Enfermedad subyacente (estado mental alterado, diabetes, alcoholismo) Malnutrición Severidad de la enfermedad Antihistamínicos H2, antiácidos Intubación, ventilación mecánica, equipamiento para terapia respiratoria, traqueotomía
Primaria de flujo sanguíneo	Edades extremas Severidad de la enfermedad Enfermedad subyacente, inmunosupresión, quemaduras Dispositivos intravasculares
Sitio quirúrgico	Edad avanzada Malnutrición Severidad de la enfermedad Afeitado preoperatorio Clasificación de la herida Tipo de procedimiento Prótesis

Fuente: Unahualekhaka (2015).

Así entonces de acuerdo a lo expuesto anteriormente aun cuando se sigan los protocolos de atención médica sanitaria, el riesgo de contraer una infección intrahospitalaria es de diferente magnitud de acuerdo a las condiciones clínicas de cada paciente, por lo que aún sin la existencia de negligencia médica se puede presentar un evento de contagio de infección intrahospitalaria.

En Colombia los planes de prevención y mitigación de riesgo de contagio de estas infecciones están basados en guías prácticas expedidas por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y guías técnicas que ha desarrollado en Ministerio de Salud y protección social, de este modo los establecimientos públicos deberán establecer los protocolos internos guiándose en estas directrices generales.

La prevención de las infecciones nosocomiales constituye una responsabilidad de todas las personas y todos los servicios proveedores de atención de salud. Todos deben trabajar en cooperación para reducir el riesgo de infección de los pacientes y

del personal. Este último comprende el personal proveedor de atención directa a los pacientes, servicios de administración, mantenimiento de la planta física, provisión de materiales y productos y capacitación de trabajadores de salud. Los programas de control de infecciones son eficaces siempre y cuando sean integrales y comprendan actividades de vigilancia y prevención, así como capacitación del personal. También debe haber apoyo eficaz en el ámbito nacional y regional (OMS, 2003, p.9).

Ahora bien, teniendo en cuenta que como se ha afirmado anteriormente los planes de prevención no eliminan el riesgo, los siguientes capítulos abordaran el estudio de los casos de contagio de infecciones intrahospitalarias en establecimientos públicos médico sanitario en Colombia y la estructuración en estos casos de la responsabilidad del estado.

2. Responsabilidad del estado por actividad médico – sanitaria

Históricamente el concepto de responsabilidad estatal tiene su origen en el derecho francés con el denominado Fallo Blanco en 1873 del Tribunal de Conflictos Francés que consagro en dicho momento la responsabilidad del estado aun cuando no estuviera instituida en textos legales expresos y autónomamente de la actividad realizada por el mismo, además indico que los criterios bajo los cuales se debía estructurar esta responsabilidad debían ser materialmente distintos a los criterios tenidos en cuenta para determinar la responsabilidad de los particulares. (Nader Orfale, 2016).

En Colombia por su parte la responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano ha tenido cambios importantes introducidos en su mayoría por la Constitución Política de 1991, de los más importantes la competencia asignada para dirimir las controversias de tipo contencioso administrativo que estaba antes de la expedición de la carta política en cabeza de la Corte Suprema de Justicia y posteriormente cuando se crea el Consejo de Estado se adjudica a este.

Así en un principio la competencia para dirimir las controversias en las cuales estaba inmersa el Estado le correspondía a la Corte Suprema de Justicia, posteriormente fue asumida por el Consejo de Estado, por lo que en esta materia hay dos referentes distintos en materia de fallos de lo contencioso administrativa.

Ahora bien, las teorías propuestas sobre la responsabilidad del estado por sus acciones u omisiones en materia de actividad medico sanitaria han tenido posturas uniformes en cuanto a ciertos criterios como la responsabilidad estatal en el caso de servicios médicos prestados por establecimientos públicos hospitalarios, caso en el cual unánimemente se considera esta actividad como oficial, por lo cual los daños derivados del ejercicio de esta actividad, deben ser reparados por el estado. Respecto de la responsabilidad del estado en el caso específico de la actividad médica, el Consejo de Estado ha indicado:

De acuerdo con lo previsto en el artículo 2 de la Constitución, la razón de ser de las autoridades públicas es la defender a todos los residentes en el país y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Omitir el cumplimiento de esas funciones no sólo genera responsabilidad personal del funcionario sino además responsabilidad institucional, que de ser continúa pone en tela de juicio su legitimación. Por lo tanto, el Estado debe utilizar todos los medios de que dispone para lograr que el respeto a la vida y demás derechos de las personas por parte de las demás autoridades públicas y particulares sea una realidad y no conformarse con realizar una simple defensa formal de los mismos (Consejo de Estado, Sentencia Exp. 13227 de 2002)

Así entonces se deja claro que el estado será responsable en el evento que por errores u omisiones del personal médico tratante de establecimientos públicos hospitalarios se cause un daño antijurídico a una persona, esto debido a la obligación que tiene el estado de garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales a todos los ciudadanos, ha de entenderse dentro de la connotación de la obligación de medio que tienen los profesionales médicos.

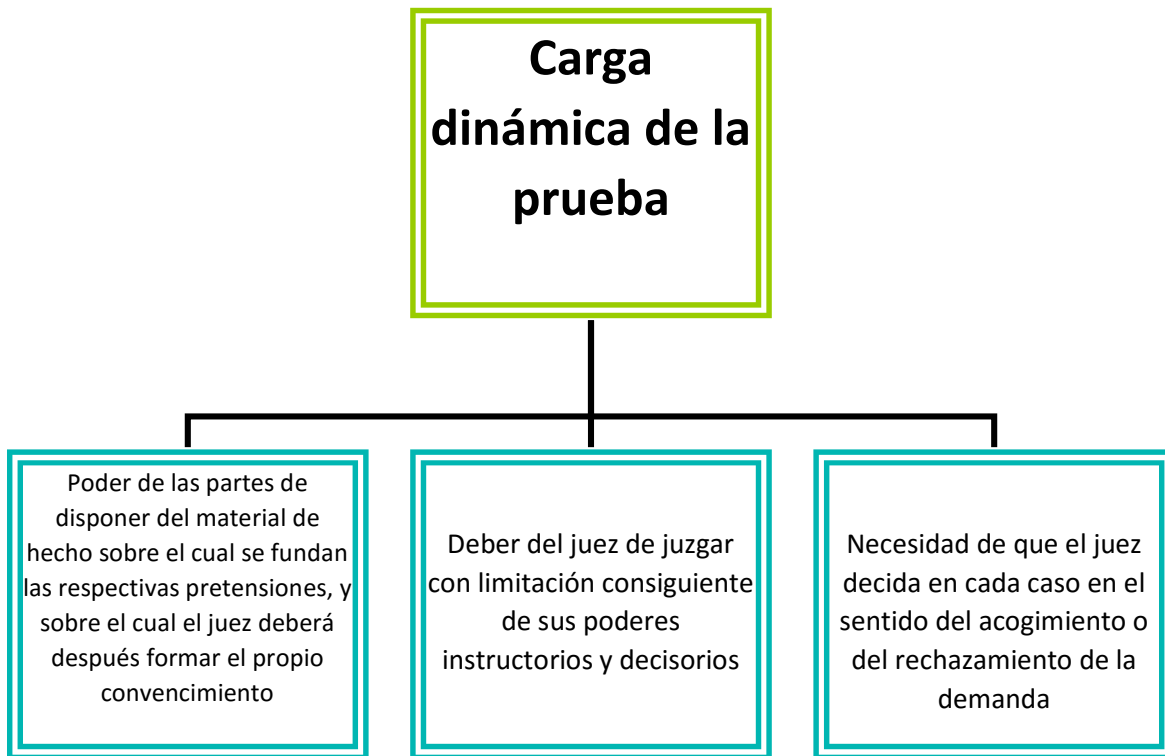
2.1 Carga probatoria en responsabilidad médico-estatal:

La carga probatoria se puede definir como la obligación de las partes dentro de un proceso contencioso de aportar la mayor cantidad de material probatorio de acuerdo a la disponibilidad y accesibilidad que tenga al mismo, así entonces de acuerdo a las pretensiones que se encuentren dentro del proceso se deberán aportar las pruebas necesarias que demuestren los hechos.

La Relación de Causalidad se exige como un requisito fundamental para determinar el vínculo entre el hecho generador dañino y el daño propiamente dicho. Se colige que dicha relación debe ser probada en todos los casos por el actor ya que se debe tener en cuenta que si bien existen presunciones de falla en el servicio médico, no se puede hablar de una presunción plena de causalidad, ya que de no poderse demostrar probatoriamente de manera directa la ocurrencia de dicha relación, ello tendrá que ocurrir de manera indirecta por medio de indicios que le permitirán al juez presumir la existencia del Nexo en virtud de elementos aportados que demuestran la ocurrencia de un perjuicio y que, debido a los conocimientos complejos de ciertos ámbitos de la medicina, el actor está imposibilitado de adquirir pruebas directas para demostrar dicho Nexo Causal (Torres & Corredor, 2013, p.68).

De acuerdo a lo expresado por Micheli se debe entender la carga jurídica como una entidad distinta de la obligación, ya que las normas jurídicas pueden fijar conductas en estos casos se debe observar, cuando se requiere un resultado jurídicamente relevante, así entonces el comportamiento de las partes determinaran el fin jurídico que se alcance, sin embargo, el sujeto será libre de realizar las conductas en materia probatoria a su parecer y no hacerlo en el sentido que indica la norma, lo que no traería como consecuencia una sanción jurídica, sino posiblemente una sanción económica y aun grave la no consecución del fin que persigue (Micheli, 2007).

Figura 1. Aspectos de la carga dinámica de la prueba



Fuente: Elaboración propia. Información tomada de (Pérez Restrepo, 2011).

La carga dinámica de la prueba entonces hace referencia a un elemento del derecho el cual propende por que las partes puedan aportar elementos probatorios que permitan la solución eficiente del proceso judicial de acuerdo a los hechos fehacientemente probados, así entonces no se impone la carga de manera exclusiva y excluyente a una de las partes. Sin embargo, en materia de responsabilidad médico-estatal este elemento de acuerdo a lo expuesto por el Consejo de Estado en su jurisprudencia ha tenido posiciones a favor y en contra de aplicar este elemento.

Se determinó que la aplicación de la carga dinámica de la prueba traía mayores dificultades de las que podría ayudar a solucionar, pues la definición de cuál era la parte que estaba en mejores condiciones de probar determinados hechos relacionados con la actuación médica, sólo podía definirse en el auto que decretara las pruebas y nunca en la sentencia. Pero, señalar en el auto de decreto de pruebas

la distribución de las cargas probatorias es en la práctica sumamente difícil, dado que para este momento el juez sólo cuenta con la información que se suministra en la demanda y su contestación, las que regularmente son muy incipientes. La posición presentada en el anterior numeral, ha sido controvertida por los defensores de la teoría de la carga dinámica de la prueba, con fundamento en la existencia del deber de lealtad que asiste a las partes en el proceso, el cual les obliga a suministrar todos los medios de que disponen para acreditar la veracidad de los hechos y, en consecuencia, que bien puede el juez en la sentencia hacer correr a la parte negligente con los efectos adversos de su omisión probatoria. No obstante, el mismo Consejo de Estado señaló que no es necesario modificar las reglas probatorias señaladas en la ley, para hacer efectivas las consecuencias que se derivan de la violación del deber de lealtad de las partes (Pérez Restrepo, 2011, p.216).

Actualmente la expedición del Código General del Proceso permitió generar un punto de encuentro y dar claridad sobre la carga de la prueba ya que en su artículo 167 determina que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho que consagra el efecto jurídico que ellas persiguen, sin embargo y de acuerdo a las particularidades del caso el juez podrá distribuir la carga al decretar las pruebas, exigiendo probar un determinado hecho a la parte que se encuentre en la situación más favorable para aportar la evidencia.

De esta manera una vez descrito brevemente el panorama general y la evolución de la responsabilidad extracontractual del Estado en colombiano en materia médico - sanitaria, se puede decir que esta se verá reflejada cuando se compruebe un error u omisión en el actuar del personal médico que derive en un daño para el paciente.

3. Regímenes de Responsabilidad del estado en materia de responsabilidad médico - sanitaria

Los regímenes de responsabilidad estatal corresponden a los títulos de imputación bajo los cuales se estructura en este caso la responsabilidad extracontractual del estado por

acción u omisión del mismo en actividades de tipo médico, así entonces de acuerdo a la evolución que ha presentado la jurisprudencia puede aseverarse lo siguiente:

A partir de 1991, con la expedición de la Constitución Política, se estableció en el artículo 90 el régimen de responsabilidad patrimonial del estado, con fundamento en el daño antijurídico, concepto transpolado de la noción de lesión antijurídica contenida en el ordenamiento jurídico de España. En esta orden comprobada la existencia del daño, es decir, la lesión a un bien o interés jurídico que la persona no tenía el deber jurídico de soportar, se debe realizar el análisis de la imputación (Gil Botero, 2017, p.635).

De acuerdo a lo expuesto anteriormente es necesario realizar un análisis de la posición en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud de manera general para posteriormente considerar el caso concreto de los eventos de contagio de infecciones intrahospitalarias, de manera que a continuación se realizara un análisis de los regímenes de responsabilidad extracontractual del estado y sus títulos de imputación.

3.1 Responsabilidad Subjetiva:

Este régimen de responsabilidad se encuentra fundamentado en la existencia de tres elementos que son el daño, el actuar del doloso o culposo y el nexo causal, de manera que una vez que concurren estos elementos se presentara la responsabilidad extracontractual del estado la cual genera el deber del mismo de indemnizar los perjuicios causados.

El Consejo de Estado en su sentencia del expediente 2073626 de 2000, donde hace el análisis de la responsabilidad objetiva de la siguiente manera:

El sistema de responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano en sede judicial tradicionalmente ha consultado un régimen subjetivo, el de falla en el servicio, evento en el cual, además de la demostración de la existencia de un daño, se exige

para su imputación que ese menoscabo haya sido causado por acción u omisión predicable de las entidades estatales y que dicha conducta resulte anómala o desconocedora del ordenamiento jurídico. (p.02).

Es preciso indicar que este régimen de responsabilidad expresado en la falla en el servicio la cual se explicara a continuación:

3.1.1 Falla en el servicio

La falla en el servicio es un régimen de imputación subjetivo que determina que hubo por parte de la autoridad pública un hecho u omisión que causo un daño a un particular, el cual debe ser reparado en los términos que determine el juez contencioso administrativo, esta surge de una falla funcional u orgánica que encuentra su fundamento en una función que el estado debe cumplir por una disposición legal (Fernández Muñoz, 2016).

El daño antijurídico causado por actividades de carácter médico asistencial puede ser imputado al Estado como falla en el servicio, Así lo ha expresado de manera reiterativa la sección tercera del Consejo de Estado la cual lo ha definido de la siguiente manera:

El derecho a la Salud, consagrado en la Constitución Política, implica la obligación a cargo del Estado de garantizar la prestación de servicios médico asistenciales en la cantidad oportunidad y eficiencia requeridas, mediante los cuidados, intervenciones y procedimientos necesarios para restablecer la salud, al igual que la implementación de políticas públicas en esta materia. (...) De tiempo atrás se ha establecido que el derecho a la salud no solo tiene carácter de derecho fundamental, sino que además es un servicio público esencial a cargo del Estado, razón por la cual debe garantizarse su protección efectiva a todos los asociados. (...) El servicio de salud fue definido como servicio público esencial y su prestación por parte de entidades públicas o estatales constituye un ejercicio de función administrativa orientada a

satisfacer el interés general (Consejo de Estado, Sentencia Exp. 27522 de 2013).

Cabe resaltar que no solo se predica la responsabilidad del Estado cuando hay una acción que afecte un tercero, esta de igual manera será predicable en el caso de que se presente una omisión que derive en una afectación a un particular. Este tipo de imputación exigirá probar la falla que se atribuye, el daño causado y el nexo causal para que pueda estructurarse este título de imputación, así lo indica el autor Güecha quien presenta un contexto interesante acerca de la imputación de falla en el servicio:

De la misma manera que la concepción clásica francesa de la responsabilidad por falla, en el ordenamiento nacional, se han consagrado en principio como modalidades de ésta, lo eventos en que la administración no ha actuado, lo ha hecho tardíamente, o la actuación ha sido anómala. Lo anterior significa, que la actividad del Estado en este título de imputación de responsabilidad, se enmarca en conductas positivas como en los casos en que la administración ha actuado mal y en conductas omisivas para las circunstancias en que no haya actuado o la actuación ha sido tardía (Güecha, 2012, p.99).

Bajo este título de imputación se examinan los casos en los cuales se observa una omisión o mala actuación del estado en alguna actividad que tiene a cargo, es necesario en cada caso específico determinar las circunstancias específicas que rodean el hecho del cual se predica la responsabilidad del estado.

En el año 2006 la jurisprudencia del Consejo de estado retorna al título de imputación de falla del servicio, en la cual el actor debe probar todos los supuestos fácticos de la demanda, tomando gran importancia la prueba indiciaria. Se excluye, entonces, la carga dinámica de la prueba advirtiendo que el acoger esa regla probatoria traía mayores dificultades que soluciones, a su vez que, con la aplicación de la falla presunta en determinados casos, se

marginaban del debate probatorio asuntos muy relevantes. Reduce el ámbito de la responsabilidad médica a la falla probada, y limita la apreciación probatoria del juzgador. Pero, en efecto, si se analizan con detenimiento las consideraciones planteadas en dicha providencia, las mismas señalan que la regla general es que corresponda a la parte demandante la acreditación de todos los elementos de la responsabilidad, incluida la falla del servicio, salvo que, de conformidad con el artículo 230 de la Carta Política (criterios de equidad), se requiera alivianar, de manera excepcional, dicha carga probatoria (Santos, Ortiz & Ruiz, 2016, p.9).

Sin embargo, cabe aclarar que este título de imputación generalmente es se utiliza en los eventos que se puede comprobar una actuación irregular de la administración. A continuación, se entrará a analizar de manera específica la falla presunta y la falla probada con el fin de tener mayor claridad sobre la utilización de cada una de estas en materia de responsabilidad medico sanitaria.

3.1.1.1 Falla Presunta:

La falla presunta del servicio, tiene una característica especial y es que se invierte la carga probatoria, así entonces, el demandante sólo debe probar el hecho dañoso y la relación de éste con el acto u omisión de la administración, de manera que se configure la falla en el servicio, que implica que el daño antijurídico se presuma, y entonces el Estado tendrá que desvirtuar la presunción de responsabilidad (Santos, Ortiz & Ruiz, 2016).

En los casos de responsabilidad del estado por actividad médico sanitaria la falla presunta fue el título de imputación aceptado por la jurisprudencia. El Consejo de Estado en sentencia del expediente 2852 de ha definido la falla presunta de la siguiente manera:

En los eventos respecto de los cuales puede aplicarse este régimen especial, el actor sólo debe acreditar que ha sufrido un perjuicio indemnizable y la existencia

de una relación causal con el hecho causante del perjuicio. A la entidad demandada queda la posibilidad de exonerarse de toda responsabilidad probando que, aunque el perjuicio fue causado por un acto o hecho a ella imputable, obró de tal manera prudente, con tal diligencia, que su actuación no puede calificarse como omisiva, imprudente o negligente en forma tal que dé lugar a comprometer su responsabilidad.

Para el caso en concreto la falla presunta en materia de actividad medico sanitaria este no es el título de imputación aplicado de manera preferente, ya que el juez contencioso administrativo ha considerado que la presentarse un desequilibrio entre el personal médico y el paciente, imputar la falla presunta seria imponer una carga indebida al paciente que se encuentra en condiciones inferiores.

En efecto, desde 1992 el Alto Tribunal de lo Contencioso-administrativo era unánime en su posición en cuanto a la aplicación de la teoría de la falla “presunta” del servicio médico-asistencial, en razón a la consideración que, en términos de prueba, el paciente se encontraba en una posición de inferioridad, debido a los múltiples inconvenientes que para él significaba demostrar la culpa o falla de la administración cometida y en el criterio de mayor facilidad para la parte médica, en cuanto a la aportación de las pruebas necesarias para el establecimiento de la responsabilidad en juicios de esta naturaleza; es decir, se aceptaba la evidente posición de desigualdad en que se encuentran el paciente, lego e ignorante en materia médica y el médico, experto en dichas artes, a quien a la hora de acreditar determinados extremos de hecho, a menudo, de carácter científico, le resulta más fácil, es decir, más eficiente, porque ya tiene la información de lo realmente sucedido, sabe lo que hizo y cómo lo hizo, quiénes intervinieron, qué tratamientos o aparatos se emplearon, etc (Fernández Muñoz, 2016, p.74).

De manera entonces que, en la falla presunta de presentarse un evento de responsabilidad por falla del servicio médico oficial, se presume dicha falla, lo que

significa que de la prueba de este elemento queda relevado el actor (paciente perjudicado), quien debe acreditar los otros dos elementos constitutivos de responsabilidad, que son el daño sufrido y la relación de causalidad de éste con la falla de la administración. De manera entonces que el demandante no deberá demostrar la conducta omisiva o equivocada de la administración, solo que esta le presto un servicio y que debido al mismo sufrió un daño (Quintero Meza, 2012).

Así entonces este título de imputación de la falla presunta no es comúnmente utilizado en materia de responsabilidad por actividades médico-sanitaria, ya que impondría la paciente la carga de demostrar la falla ocasionada, sin este contar con la experticia necesaria para determinar el actuar médico que pudo devenir en el daño presentado.

3.1.1.2 Falla probada:

Encuentra el Consejo de estado la determinación de la falla probada como aquella que surge a partir de la comprobación de haberse producido el hecho como consecuencia de una violación -conducta activa u omisiva- del contenido obligacional a cargo del Estado determinado en la Constitución Política y en la ley, lo cual, como ya se dijo, supone una labor de diagnóstico por parte del juez de las falencias en las que incurrió la Administración, e implica -por supuesto- un juicio de reproche.

En el régimen de falla del servicio probada se aplica en toda su extensión la regla general de la carga de la prueba, es decir, el demandante que alegue el hecho constitutivo de algún daño debe demostrarlo. Frente al régimen comentado la aptitud probatoria de la administración o de la autoridad demandada se encamina a demostrar que obró con prudencia y diligencia en el servicio que se encontraba prestando, es decir que obró con ausencia de falla (Rivadeneira Bermúdez, 2008).

En materia de responsabilidad médica este título de imputación se ha considerado como el idóneo para este caso:

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha consolidado una posición en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, en virtud de la cual aquella es de naturaleza subjetiva, advirtiendo que es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria, de suerte que se exige acreditar la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y éste. En materia médica, para que pueda predicarse la existencia de una falla, la Sala ha precisado que es necesario que se demuestre que la atención no cumplió con estándares de calidad fijados por el estado del arte de la ciencia médica, vigente en el momento de la ocurrencia del hecho dañoso. Del mismo modo, deberá probarse que el servicio médico no ha sido cubierto en forma diligente, esto es, que no se prestó el servicio con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos que se tengan al alcance (Consejo de Estado, Sentencia Exp. 30102 de 2015).

Esta postura nace en Colombia debido a que tradicionalmente en el derecho civil se ha reconocido que la obligación del médico es de medio, por lo tanto, el mismo debe desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia y los dictados de su prudencia sin que pueda ser responsable del desenlace de la enfermedad que padece su cliente o la no curación de éste, así entonces se hace necesario demostrar la culpa o el dolo.

Este régimen supone la comprobación de la existencia del hecho dañoso, el daño antijurídico y nexo causal. Sin embargo, la titularidad de la carga de la prueba, en el régimen de falla probada del servicio, opera el principio del ONUS PROBANDI, ya que es el demandante quien tiene la carga de probar todos los hechos que sustentan sus pretensiones, para así establecer la responsabilidad de la entidad pública demandada (Santos, Ortiz & Ruiz, 2016).

3.2 Responsabilidad objetiva del estado:

El autor Irisarri Boada (2000) afirma que este tipo de responsabilidad recurre a la teoría del daño como fundamento de la responsabilidad del estado, de esta forma no cobra relevancia la culpabilidad, si no la ocurrencia del hecho que genero el daño, de este modo el daño, el hecho y el nexo causal son necesarios para exigir al estado una indemnización.

De manera entonces que este régimen de responsabilidad se configura por una actuación del estado de la cual se desprende una consecuencia que genera un daño a un administrado, en este caso no se realiza un análisis de la culpabilidad, ya que no presenta como un eje fundamental en la teoría. Bajo este criterio se realizan los titulo de imputación jurídica de daño especial y riesgo excepcional que analizaremos a continuación.

3.1.1. Daño especial:

La responsabilidad por daño especial es un régimen de imputación objetivo, este surge toda vez que dentro de las actividades propias del Estado es factible que se causen daños a los particulares, los cuales deben ser asumidos por el Estado.

Para que surja la responsabilidad del Estado por daño especial, es necesario que concurren tres factores: primero, que la administración despliegue una actividad legitima; segundo, que se produzca, en cabeza de un particular, la ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas; y tercero, que, entre la actuación de la administración y el rompimiento de esa igualdad, exista un nexo de causalidad (Diazgranados, 2001, p. 08)

Así entonces este tipo de imputación solo cabe en el caso de que el daño antijurídico se desprenda de una acción legitima del estado, una acción efectiva que produzca un daño a un particular. Sin embargo, no ahondaremos en este título de imputación teniendo en cuenta que en materia de responsabilidad por actividad médico-sanitaria no es viable realizarlo.

3.1.2 Riesgo Excepcional:

El riesgo excepcional es aquel que crea la administración cuando realiza las actividades propias del funcionamiento del mismo, de esta manera son varias actividades estatales que pueden crear ciertos riesgos para los administrados y de concretarse un daño se entra a analizar si realmente este se dio en el margen de ese riesgo que creó el Estado o si por lo contrario hay algún eximente de responsabilidad como son la fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero.

Las condiciones requeridas para la estructuración de la responsabilidad por riesgo excepcional son: En desarrollo de una obra o actividad de servicio público, la administración emplea recursos o medios que coloquen a los administrados o a sus bienes en una situación de quedar expuestos a un riesgo, que dada su gravedad excede las cargas que normalmente deben soportar los ciudadanos, como contrapartida de las ventajas que reportan de la actividad o servicio. Si el riesgo así creado por la administración se realiza, esto es, se materializa, se produce un daño indemnizable. Conlleva por lo general el ejercicio de actividades peligrosas como son, la conducción de redes de energía eléctrica, manejo y transporte de explosivos, uso de armas de fuego y conducción de vehículos automotores. (Irisarri, 2000p.42).

La teoría del riesgo excepcional se aplica en materia de actividad médico-sanitaria de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado que ha identificado que la hospitalización puede considerarse como una actividad que genera un riesgo genera un riesgo provecho, aleatorio y excepcional.

Esta última categoría ha sido entendida como aquella en la que la actividad desarrollada por el Estado causa un daño mediado por el azar. En la mencionada providencia se consideró que en este título se puede incluir el caso de las infecciones intrahospitalarias. En efecto, si el ejercicio de la medicina comporta en muchos casos actividades riesgosas –que no peligrosas- y muchos usuarios se

encuentran expuestos a contraer tales infecciones –pero no todos ellos son necesariamente víctimas-, se está ante una situación típica del riesgo-alea que, al realizarse, puede generar responsabilidad. (...) la prueba del daño causado por una IACS corre por cuenta del demandante. Y sin perjuicio de que el caso pueda ser estudiado a la luz de la falla del servicio –por falta de asepsia por ejemplo-, la responsabilidad objetiva en este caso exige demostrar que el causante del daño fue una bacteria multirresistente que se hallaba dentro del hospital, para lo cual vale todo tipo de pruebas idóneas: peritajes, documentos e indicios tales como la demostración de que el daño fue producido por una bacteria típicamente intrahospitalaria –v.g. el estafilococo aureus-, o luego de un determinado plazo de estadía en el hospital. (...) Para tal efecto resulta relevante atender a la prueba indiciaria que permita establecer si el daño es la materialización del riesgo alea en el contexto de la prestación del servicio médico o si lo que se evidencia es una causa externa generadora del daño. Si la bacteria original tiene la característica de ser multirresistente, esta circunstancia puede ser considerada como indicio grave de que fue adquirida en el ambiente hospitalario. (Consejo de Estado, 2014, Sentencia Exp. 22214 de 2014).

Así se termina la descripción de los títulos de imputación bajo los cuales nace la responsabilidad extracontractual del estado en materia de la actividad medico sanitaria, como se puede observar se desvirtúa la posición bajo la cual solo se acepta la imputación por falla en el servicio en materia de errores y omisiones en la actividad médica.

4. Responsabilidad por contagio de infecciones intrahospitalarias

Las teorías expresadas por el Consejo de Estado respecto a la responsabilidad del estado en materia de actividad medico sanitaria donde se presenta un contagio de una infección intrahospitalaria se han abordado fundamentalmente sobre dos regímenes de responsabilidad distintos, alrededor de las posiciones expresadas se han desarrollado diversas discusiones por los críticos de una y otra.

4.1 Imputación por riesgo excepcional y Teoría del Riesgo-Alea:

El Consejo de Estado en el análisis de los casos de contagio de infecciones intrahospitalarias en los últimos años ha emitido una serie de decisiones que han causado gran controversia al migrar de la falla presunta y probada a la responsabilidad objetiva para atribuir la responsabilidad al estado por los daños que se causen debido al contagio de infecciones nosocomiales.

En efecto, a pesar de que una entidad sea diligente y respetuosa de los protocolos de desinfección, pueden ocurrir casos en que la infección es inoculada durante la prestación del servicio médico-asistencial. Esto se debe a que hay un porcentaje constante de microorganismos hospitalarios, a pesar de que existen medidas a la mano de todos los prestadores de salud que pueden evitar la presentación de estos eventos. No existe duda entonces que hay un riesgo constante de infecciones intrahospitalarias y por lo tanto de producir daños en los pacientes (Tabares Cortés, 2016, p.214).

La teoría sobre el riesgo alea en materia de responsabilidad extracontractual en la actividad médico sanitaria de la irresponsabilidad del gobernante rigió en Colombia hasta la expedición de la constitución en 1886, donde se dejó a cargo de la Corte Suprema de Justicia de resolver los conflictos surgidos sobre responsabilidad del estado, esto bajo unos criterios especiales.

Al respecto Gil Botero realiza el siguiente análisis de la aplicación de la teoría del riesgo alea en el evento de contagio de infecciones intrahospitalarias:

El Consejo de Estado ha Señalado en su Jurisprudencia que no pueden considerarse como efectos adversos las infecciones nosocomiales, por lo que la responsabilidad por este tipo de hechos se fundamenta en la teoría del riesgo-alea, y por ende la regla general es que se aplica el título objetivo de responsabilidad, sin perjuicio de que en ciertos casos pueda invocarse la falla del servicio, como ocurre cuando la proliferación de la bacteria se ha dado por falta de asepsia. No obstante, la prueba del daño siempre corre por cuenta del demandante, para lo cual la prueba indiciaria cobra relevancia en aras de establecer si fue producto de la materialización

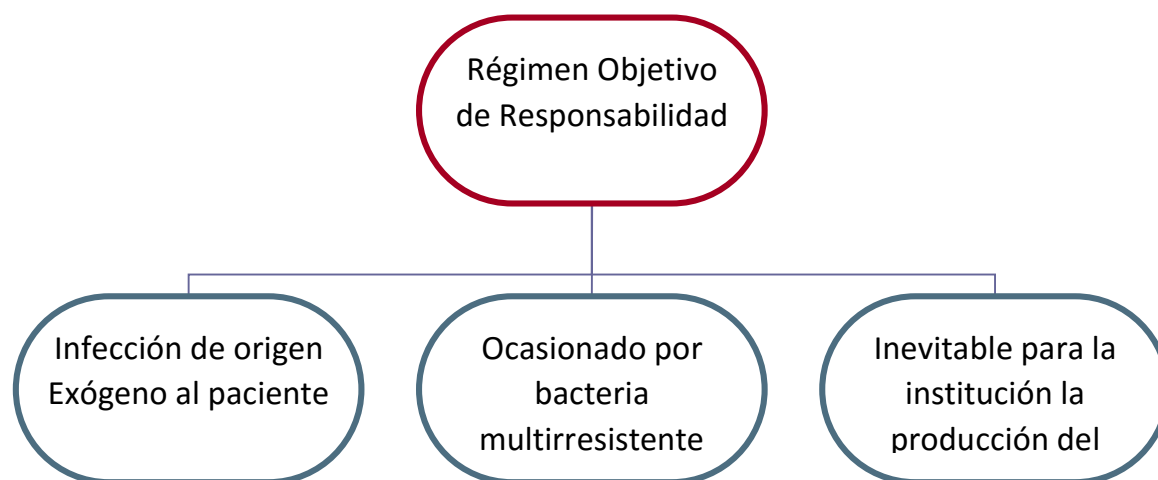
del riesgo en la prestación del servicio médico o si se originó en una causa externa (Gil Botero, 2017p.699).

Así entonces la teoría del riesgo alea indica que quien ejecuta una actividad generadora de riesgo está en la obligación de responder por las consecuencias de su realización, sin que debe tenerse en cuenta la consideración de la culpa del sujeto, de modo entonces que el Consejo de Estado determina que la hospitalización genera un riesgo provecho, aleatorio y excepcional, de modo que debe aplicarse el régimen de responsabilidad objetiva.

La Subsección B de la Sección tercera del Consejo de Estado en su sentencia e 29 de agosto de 2013, Exp. 30283. C.P. Danilo Rojas Betancourt, expone lo siguiente para configurar la teoría 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”. No obstante, la Sala considera que nada obsta para hacer extensiva la categoría de riesgo-álea a los casos en los cuales el daño es consecuencia de una infección contraída en un centro asistencial como quiera que en todas estas situaciones el daño surge por la concreción de un riesgo que es conocido por la ciencia médica, pero que se torna irresistible en tanto su concreción depende, muchas veces, de la “ineludible mediación del azar”. Es cierto que los hechos irresistibles, por regla general, no comprometen la responsabilidad patrimonial de la administración en razón a que pueden ser calificados como “casos fortuitos”. No obstante, tratándose de las infecciones nosocomiales, la Sala considera, junto con un sector de la doctrina, que no pueden ser calificadas como casos fortuitos porque no son ajenas a la prestación del servicio público de salud.

Figura 2. Aspectos de la carga dinámica de la prueba



Fuente: Elaboración propia. Información tomada de (Botero Gil, 2017).

Posteriormente confirma la postura asumida sobre el riesgo alea, determinando que en los casos de hospitalización es una actividad peligrosa que en si misma genera una serie de riesgos para los pacientes, sobre el tema vuelve la Subsección B de la Sección tercera del Consejo de Estado en su Sentencia expediente 28214 del 30 de abril de 2014. C.P. Danilo Rojas Betancourt:

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 excepcional.

De igual manera en las sentencias emitidas posteriormente como la Sentencia del Consejo de Estado expediente 21771 del 10 de septiembre de 2014 y la Sentencia expediente 21774 del 29 de septiembre de 2015 se reitera que el título de imputación debe ser objetivo y no será necesario que el demandante demuestre el actuar negligente del personal médico, sino que bastará con que pueda demostrar que la infección fue adquirida en un centro hospitalario o que es consecuencia de un procedimiento médico.

Puede denotarse entonces que si bien el Consejo de Estado parte de la concepción de la responsabilidad objetiva para el caso del contagio de las infecciones intrahospitalarias, contempla así mismo que en determinados casos habrá lugar a que no se considere la responsabilidad del estado, debido a que la infección se adquiere por factores endógenos o propios del organismo del paciente, por lo cual no tendría incidencia la actividad médico sanitaria en el resultado final, que es la presencia de una infección nosocomial.

La importancia de esta teoría expuesta por el Consejo de Estado la define de manera clara y precisa la autora

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 civil (Woolcott Oyague, 2015, p.72).

Si bien es difícil asumir nuevas posturas doctrinales en la jurisprudencia colombiana, resulta adecuado a las necesidades que surgen de los pacientes en el caso de la responsabilidad derivada de la actividad médica, si bien asumir el régimen de la

responsabilidad objetiva en el caso del contagio de las infecciones nosocomiales, resulta plenamente procedente, teniendo en cuenta en cada caso las circunstancias específicas que se presenten.

Es necesario hacer claridad en que la imputación puede variar dependiendo del sistema de responsabilidad del caso determinado, si es objetivo no será necesario probar la presencia de la culpa, sin embargo, si es un sistema subjetivo será obligatorio demostrar la culpa de la persona pública. Para que dicha responsabilidad objetiva se impute al Estado es necesario que el daño se produzca dentro de la prestación de un servicio público y que haya sido consecuencia de la actuación u omisión de una de las administraciones públicas y tener en cuenta los dos títulos de imputación del régimen objetivo para el caso de contagio de infecciones nosocomiales es el riesgo excepcional, acogiendo la modalidad del riesgo alea (Duarte & Uribe, 2016).

4.2 Imputación por Falla en el servicio:

El Consejo de Estado ha expresado que en ciertos eventos donde se considere que la infección adquirida por un paciente hubiera podido evitarse con una actuación diligente por parte del personal médico, se realizara la imputación mediante el título de falla en el servicio.

Así como lo expresan las autoras Woolcott Oyague, Vivas Barrera & Garzon Landinez (2017) los procesos tecnológicos llevan intrínseca la obligación de manejar la información necesaria para prevenir el riesgo, por lo cual debe responder por el daño quien está en condiciones de informarse y hacer lo posible para evitarlo, en este caso el personal médico, de acuerdo a eso se realiza la imputación de falla en el servicio en estos eventos.

De acuerdo a este cambio jurisprudencial entro en vigencia la nueva constitución de 1991 y con ella el artículo 90, el cual dio un vuelto a estas teorías y actualmente, la jurisprudencia aplica la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, esto es, el daño, la actividad médica y el nexo de causalidad entre ésta y

aquel, sin perjuicio de que para la demostración de este último elemento las partes puedan valerse de todos los medios de prueba legalmente aceptados siendo así de vital importancia la prueba indiciaria, de manera reciente la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, 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, donde empiezan a utilizarse el criterio objetivo con el fin de que la persona en ciertos casos le beneficia más esta teoría y pueda ser indemnizado mostrando el daño sufrido con el fin de declarar responsable administrativamente al Estado por el daño antijurídico (Puentes Sánchez, 2017,p.9)

En el caso de las infecciones intrahospitalarias es muy difícil que pueda llegarse a demostrar la falla en el servicio por parte del personal médico, sin embargo, esta situación sin duda representa para el paciente un daño que debe ser reparado por lo cual la teoría del riesgo alea resulta mucho más idónea en este caso.

4.3 Exoneración de responsabilidad:

Es preciso indicar que existe la posibilidad de que puedan concurrir en la situación elementos eximentes de responsabilidad como son los factores endógenos que causan la infección en el paciente, ya que en este caso la adquisición fue adquirida por el organismo del paciente directamente, por lo cual no se configuraría esta situación. El Consejo de Estado hace referencia a dichos factores en su Sentencia del Expediente 28214 del 30 de abril de 2014:

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 medio ambiente 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 pertinentes.

De manera entonces que cuando la institución médica u hospitalaria logre demostrar que el origen del daño fue ajeno y no tuvo ninguna relación con la prestación del servicio médico, sino que fue adquirida por el paciente de manera endógena, es decir fue generada por su mismo organismo, habrá lugar a un eximente de responsabilidad.

Conclusiones

La responsabilidad del Estado Colombiano por actividad médico asistencial ha sido objeto de discusión tanto en la doctrina como en la jurisprudencia emanada del Consejo de Estado, esto debido a la variación que presentan los títulos de imputación acogidos en un principio para estructurar la responsabilidad extracontractual del estado. En este sentido no hay una uniformidad que permita identificar una postura prevalente en los fallos del Consejo de Estado respecto a los errores u omisiones presentados dentro de la prestación de servicios de salud por parte de establecimientos públicos hospitalarios.

Igualmente sucede respecto a lo que se ha expresado frente a la responsabilidad extracontractual del estado por contagio de infecciones intrahospitalarias ya que al decidir que unos casos se acoge la teoría de la falla en el servicio y en otros determinar que debe ser aplicado el régimen de responsabilidad objetiva debido a la teoría del riesgo alea podría parecer en principio un riesgo alto de condenas posteriores para el estado.

Sin embargo, pese a las críticas que han surgido frente a la posición del Consejo de Estado, cabe resaltar que la fundamentación de las sentencias que exponen la teoría del riesgo alea en materia de actividad médica comporta un análisis práctico y no deja de lado en ningún momento la posibilidad de acudir a la falla en el servicio cuando concurren ciertas circunstancias.

No es viable que las críticas se basen entonces en la posible inseguridad jurídica e impacto fiscal que generaría este tipo de imputación, ya que el Consejo de Estado deja claras las circunstancias en las cuales se llevara a cabo la aplicación de uno u otro título de imputación, evitando dejar abierta la posibilidad que sea el operador jurídico quien a su arbitrio disponga los criterios bajo los cuales imputara el daño causado por el contagio de una infección intrahospitalaria.

Referencias

- Diazgranados, S. (2001). *Responsabilidad del estado por daño especial* (Pregrado). Pontificia Universidad Javeriana. Recuperado de <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis46.pdf>
- Duarte, T., & Uribe, M. (2016). *Responsabilidad Objetiva Por Infecciones Asociadas A La Atención En Salud Desde La Perspectiva Del Consejo De Estado* (Artículo de investigación de Pregrado). Medellín: Universidad CES. Recuperado de http://bdigital.ces.edu.co:8080/repositorio/bitstream/10946/4515/1/Responsabilidad_objetiva_infecciones.pdf
- Fernández Muñoz, M. (2016). La falla “probada” del servicio médico-asistencial: ¿vislumbre del retroceso del Consejo de Estado? *IUSTA*, 1(30). doi:10.15332/s1900-0448.2009.0030.04
- Gil Botero, E. (2017). *Responsabilidad extracontractual del Estado* (7th ed.). Bogotá: Nomos S.A.
- Güecha, C. (2012). La Falla En El Servicio: Una Imputación Tradicional De Responsabilidad Del Estado. *Revista Prolegómenos*, 1, 95 - 109. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4278453.pdf>
- Instituto Nacional de Salud. (2017). ¿Qué son las IAAS?. *Ins.gov.co*. Recuperado el 23 de Octubre de 2017, de <http://www.ins.gov.co/iaas/Paginas/que-son-las-iaas.aspx>
- Irisarri, C. (2000). *El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del estado colombiano* (Pregrado). Pontificia Universidad Javeriana. Recuperado de <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis27.pdf>
- Micheli, G. (2007). *La carga de la prueba*. Bogotá, D.C., Colombia: Leyer.
- Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia. (2016). *Detectar, prevenir y reducir infecciones asociadas con la atención en salud*. Bogota. Retrieved from

<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/CA/Detec tar-Infecciones.pdf>

Nader Orfale, R. (2016). Evolución jurídica de la responsabilidad extracontractual del estado en Colombia. *Advocatus*, (especial No. 15: 55 - 71), 56. Recuperado de <http://www.unilibrebaq.edu.co/unilibrebaq/revistas2/index.php/advocatus/article/download/51/45+&cd=3&hl=en&ct=clnk&gl=co>

Pérez Restrepo, J. (2011). La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica –decaimiento de su aplicabilidad. *Estudios De Derecho*, LXVIII (152). Recuperado a partir de http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/2374/1/PerezJ_Cargadin%C3%A1micapruebareponsabilidadadministrativa.pdf

Puentes Sánchez, M. (2017). Infecciones intrahospitalarias. Estudio del caso (Artículo de Investigación). Bogotá: Universidad Santo Tomas. Recuperado de <http://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/2008/Mariapuentes2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Quintero Meza, M. (2012). La responsabilidad patrimonial del estado por la falla en la prestación del servicio médico asistencial. Acto médico defectuoso en las entidades de salud del estado (Tesis de Maestría). Bogotá: Colegio Mayor De Nuestra Señora Del Rosario.

Rivadeneira Bermúdez, R. (2008). Manual de derecho probatorio administrativo. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R.

Santos, I., Ortiz, E., & Ruiz, R. (2016). La carga de la prueba en procesos de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico asistencial. *Revista Estrado*, 3(4). Recuperado de <http://revistasnew.unab.edu.co/index.php/estrado/article/download/1507/1406>

Tabares Cortés, F. (2016). El sistema de asunción solidaria del riesgo de infecciones intrahospitalarias: Elementos Mínimos de integración en el sistema jurídico

- colombiano. Revista Ibero-Latinoamericana De Seguro, 25(44).
<http://dx.doi.org/10.11144/javeriana.ris44.sasr>
- Tocornal Cooper, J. (2010). Responsabilidad civil por infecciones intrahospitalarias. Revista Chilena De Derecho, 37(3). doi:10.4067/s0718-34372010000300004
- Torres, A., & Corredor, D. (2013). La carga dinámica de la prueba mediante la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada. Principia Iuris, 19(1). Recuperado de <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/767>
- Unahualekhaka A. (2015). Epidemiología de las infecciones asociadas a la atención de salud. Reino Unido: International Federation of Infection. Recuperado de http://theific.org/wp-content/uploads/2014/08/Spanish_ch3_PRESS.pdf
- Woolcott Oyague, O. (2015). La indemnización de las víctimas de riesgos médicos allende los límites tradicionales de la responsabilidad civil. Revista Criminalidad, 27(1), 61 - 74. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-31082015000100005
- Woolcott Oyague, O., Vivas Barrera, T., & Garzon Landinez, T. (2017). El problema de las transfusiones de sangre y la transmisión de VIH. Realidad y respuestas del derecho para la protección del paciente (1st ed.). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Sentencias

- Consejo de Estado de Colombia (1989). Sentencia expediente 2852 del 31 de julio. C.P Juan Carlos Henao.
- Consejo de Estado de Colombia (2002). Sentencia expediente 13.227 del 11 de abril. C.P Ruth Stella Correa Palacio
- Corte Constitucional de Colombia (2011). Sentencia C- 644/11 de agosto 31. M.P Jorge Iván Palacio.

Consejo de Estado de Colombia, Sección tercera, Subsección B. (2013). Sentencia expediente 30283 del 29 de agosto de 2014. C.P Danilo Rojas Bethancourt

Consejo de Estado de Colombia, Sección tercera, Subsección B. (2014). Sentencia expediente 28214 del 30 de abril de 2014. C.P Danilo Rojas Betancourth