

**TENDENCIA JURISPRUDENCIAL DE IMPUTACION OBJETIVA POR
INFECCIONES ASOCIADAS A LA ATENCIÓN EN SALUD IMPLICACIONES Y
CONSECUENCIAS PARA LAS INSTITUCIONES PRESTADORAS DE
SERVICIOS DE SALUD - JURISPRUDENTIAL TREND OF OBJECTIVE
IMPUTATION FOR INFECTIONS ASSOCIATED WITH HEALTH CARE
IMPLICATIONS AND CONSEQUENCES FOR INSTITUTIONS FOR HEALTH
CARE PROVIDERS**

Artículo de Grado Presentado Por:

Juan Camilo Polania Montoya

Tutor:

Dra. Gloria María Munera Congote

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA

2017

Estudiante de la Facultad de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la universidad Pontificia Bolivariana, quien realizo la practica Corporativa en la Institución Prestadora de Servicios de Salud de la Universidad de Antioquia IPS UNIVERSITARIA. Correo electrónico: juanpolaniamontoya@hotmail.com

SUMARIO

RESUMEN.....

INTRODUCCION.....

CAPITULO 1: EL DERECHO A LA SALUD CONCEBIDO COMO SERVICIO PÚBLICO ESENCIAL Y SU INCIDENCIA EN EL CAMBIO DE REGIMEN DE IMPUTACION OBJETIVA DE RESPONSABILIDAD

1.1 ESTRUCTURA Y COMPONENTES DEL SISTEMA INTEGRAL DE SALUD

1.2 PROGRESIVIDAD DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD COMO FUNDAMENTO PARA LA CONVERSION DEL TITULO DE IMPUTACION POR INFECCIONES INTRAHOSPITALARIAS

1.3 LA SALUD COMO UN SERVICIO PÚBLICO INHERENTE AL MODELO SOCIAL DEL ESTADO

CAPITULO 2: PREVENCION Y CONTROL DE LAS INFECCIONES INTRAHOSPITALARIAS

2.1 CONCEPTO, CLASIFICACION Y EPIDEMIOLOGIA DE LAS INFECCIONES INTRAHOSPIATALARIAS

2.2 PROTOCOLOS Y GUIAS DE MANEJO INTRAHOSPITLARIOS

CAPITULO 3: TITULO DE IMPUTACION OBJETIVA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SERVICIO DE SALUD.

3.1 IMPUTACION HISTORICA Y GENERICA DE LA FALLA PROBADA EN EL SERVICIO COMO TITULO DE IMPUTACION POR ACTIVIDAD MEDICA HOSPITALARIA EN CONTRAPOSICION AL TITULO DE IMPUTACION OBJETIVA

3.2 CONSIDERACIONES JURISPRUDENCIALES Y PRÁCTICAS PARA LA VARIACION DEL TITULO DE IMPUTACION POR ACTIVIDAD MEDICA HOSPITALARIA EN LO RELATIVO A LAS INFECCIONES INTRAHOSPITALARIAS

3.1.2 IMPLICACIONES JURIDICAS, PROBATORIAS Y PRÁCTICAS DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN RELACION CON LAS INFECCIONES INTRAHOSPITALARIAS

3.1.4 CAUSAS EXONERATIVAS EN LA IMPUTACION OBJETIVA Y SU RELACION CON LAS INFECCIONES INTRAHOSPITALARIAS.

4. CONCLUSIONES.....

5. REFERENCIAS.....

RESUMEN

La responsabilidad del estado en lo relativo a las IAAS ha dado un cambio crucial frente al sistema de imputación desconociendo de este manera lo aleatorio y complejo que involucra la prestación de un servicio médico eficaz y oportuno , esta medida ha traído una serie de consecuencias negativas en la parte jurídica , patrimonial y asistencial de las IPS.

Las IAAS se han convertido en una problemática global y nacional que aqueja no solo a un número determinado de personas sino a todo un colectivo social , sin embargo y pese a la gravedad del asunto el estado a través de sus manifestaciones y la administración pública han hecho caso omiso a atenderlo desconociendo preceptos legales y constitucionales.

Por la clara omisión estatal en la materia ha surgido la necesidad de los órganos judiciales de apremiar su pronta solución mediante una medida de variación jurisprudencial altamente favorable para el particular pero extremadamente nociva y perjudicial para las IPS desconociendo directamente el alcance de la ciencia médica.

PALABRAS CLAVE

Infecciones Asociadas a la Atención en Salud, Responsabilidad Extracontractual Objetiva del Estado, Imputación Histórica de Responsabilidad Extracontractual Por falla en el Servicio, Actividad Medica Hospitalaria , Lex Artis

KEYWORDS

Infections Associated with Health Care, Extracontractual Liability Objective of the State, Historical Imputation of Extracontractual Liability for Failure in the Service, Hospital Medical Activity, Lex Artis.

INTRODUCCION

El principio general fundante del derecho en materia de indemnización consiste en la obligación de resarcir el daño causado; este principio ha sido ampliamente desarrollado por leyes, compilaciones y por precedentes judiciales los cuales han armonizado y sistematizado esta institución jurídica.

La jurisprudencia tanto en materia de responsabilidad estatal como en responsabilidad civil ha desarrollado amplios sistemas los cuales buscan democratizar y constitucionalizar la obligación de reparación del perjuicio. Sin embargo en materia de derechos fundamentales como es el caso de la salud y su prestación estatal, recientemente se ha presentado una tendencia jurisprudencial a apartar el tema médico y en especial las infecciones intrahospitalarias del sistema general de responsabilidad estatal por falla en el servicio para migrar al título de imputación objetiva de responsabilidad estatal. Si bien esta medida resulta en principio beneficiosa para el sujeto pasivo del daño en materia de la prestación de servicios de salud, dicha medida puede resultar altamente nociva y perjudicial para las entidades o particulares que presten el servicio perjudicando el colectivo social y afectando la oportunidad e inmediatez de la atención en salud.

El presente trabajo tendrá en cuenta las características principales de las infecciones intrahospitalarias, analizará su naturaleza en relación con la complejidad y especialidad que abarca el tema.

Igualmente se tendrá en cuenta la constitución política de 1991 y los pronunciamientos de la honorable corte constitucional en la materia permitiendo analizar e interpretar a la luz del ordenamiento superior el alcance de la variación al sistema de responsabilidad objetiva en el sistema de salud y en especial el derivado por la adquisición de infecciones intrahospitalarias durante la estancia hospitalaria.

se traerán a colación las implicaciones del carácter social del estado colombiano en materia de prestación de servicios de salud entre otros , así como principios rectores del sistema general de seguridad social en salud introducido por la ley 100 de 1993.

CAPITULO 1: EL DERECHO A LA SALUD CONCEBIDO COMO SERVICIO PÚBLICO ESENCIAL Y SU INCIDENCIA EN EL CAMBIO DE REGIMEN DE IMPUTACION OBJETIVA DE RESPONSABILIDAD

1.1 ESTRUCTURA Y COMPONENTES DEL SISTEMA INTEGRAL DE SALUD

Previo a desarrollar el tópico de la referencia es menester traer a colación no solo la definición del concepto de salud , sino también los pronunciamientos en materia de salud traídos por los diversos instrumentos internacionales acogidos por Colombia a través de tratados y convenios, los cuales han ingresado al sistema jurídico por medio del bloque de constitucionalidad , luego de realizar el contexto histórico se analizara la salud como un servicio público prestacional a cargo del estado , sus obligaciones y las consecuencias que pueda tener lo anterior en lo relativo al cambio de imputación de responsabilidad estatal en el tema de las infecciones intrahospitalarias, finalmente se desarrollara la estructura general del sistema de salud que impera en Colombia ilustrando al lector la etimología de la medida y las posibles consecuencias que puede acarrear para la prestación del servicio.

La salud ha sido un concepto que ha acompañado el desarrollo y la evaluación de la humanidad durante siglos, ha sido de vital importancia y preocupación tanto para los estados como para la sociedad civil en general el hecho de tener salud, es por esta razón que para el presente trabajo y en relación con el tópico y la tesis principal definiremos la salud como *“un estado completo de bienestar físico, mental y social dentro del nivel posible de salud para una persona* , Esta ha sido la definición acogida y desarrollada por la OMS, también es el concepto que ha ingresado al bloque de constitucionalidad el cual ha servido para que la corte constitucional haya dado el carácter de fundamental al mismo.

El derecho a la salud desde el punto de vista de su desarrollo y regulación ha sido abordado desde mecanismos y órganos internacionales así como

mediante legislaciones internas que manteniendo la autonomía legislativa han acogido los parámetros y postulados dados por la comunidad internacional.

Las declaraciones estadounidenses y francesas de derechos del siglo XVIII buscaron defender de manera prioritaria la libertad individual y el bienestar general, estos textos han sido ejemplos claros para determinar por primera vez los denominados derechos de primera generación en los cuales se encuentra la salud.

La salud es un derecho que atañe no solo a su titular si no también es un asunto de especial consideración y relevancia pública que impone a los estados el deber prestacional y de inclusión dentro de sus legislaciones y planes de gobierno creando políticas públicas que garanticen el pleno goce y la cobertura del mismo.

Según la honorable corte constitucional luego del desarrollo de estos instrumentos internacionales se puede resumir que los derechos humanos y en especial el derecho a la salud cuentan con las principales características:

A. El derecho a la salud es indivisible y tiene interdependencia frente a los demás derechos humanos

B. El derecho a la salud es universal como lo hace prever la declaración y programa de acción de Viena (1993) adoptada por la Conferencia Mundial De Derechos humanos.

La sentencia T 043 de 2015 de la corte constitucional no solo desarrolla lo anteriormente mencionado si no que aporta otro matiz a la definición del derecho a la salud afirmando que es “ *El más alto nivel posible de salud física y mental*” afirmando que dicho nivel se alcanza de manera progresiva.

Por consiguiente la progresividad debe ser tomada en cuenta como otra característica fundante del derecho; este concepto tiene principal incidencia en la regulación del derecho, la prestación efectiva y oportuna del mismo. En virtud

de la progresividad, surge un concepto lineal y parental a la salud y es el consistente a la política pública en el sector salud.

En Colombia el derecho a la salud ha sido ampliamente regulado por leyes ordinarias y recientemente por la ley estatutaria 1751 de 2015, todas estas leyes que no es menester enumerar por la cantidad y porque implicaría desviarse del objetivo primordial del presente trabajo a excepción de la ley antes mencionada y la ley 100 de 1993, la cual crea el sistema general de seguridad social han desarrollado en materia de salud lo descrito por órganos internacionales dando un mayor marco de protección a este derecho .

La corte constitucional como tribunal garante de la constitución y de los derechos fundamentales ha protegido el derecho a la salud de la siguiente manera:

1. Dotándolo en un primer momento con relación de conexidad con el derecho a la vida, la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, protegiéndolo mediante la acción de tutela.

2. Reconociendo el concepto de fundamental en contextos donde el tutelante adquiere el carácter de sujeto de especial protección.

3. Afirmando de manera de manera general el carácter fundamental del derecho a la salud en lo relativo al ámbito básico *“el cual coincide con los servicios contemplados por la constitución , el bloque de constitucionalidad , la ley y los planes obligatorios de salud de salud con las extensiones necesarias para proteger una vida digna ”* Sentencia T 760 de 2008.

Recientemente y por la progresividad que impone la obligación estatal y legislativa de buscar una mayor protección el congreso expidió la ley estatutaria 1751 de 2015 reafirmando más el compromiso institucional frente a la salud como derecho y como servicio público esencial; dicha ley tuvo por principal acierto el hecho de concebir la salud como un derecho fundamental de carácter

autónomo, de establecer y prever para el tema que nos invoca, la responsabilidad atribuible al estado por daños ocasionados con ocasión al incumplimiento de deberes de promoción , protección , acceso , prevención , diagnóstico entre otros en la materia.

Como podemos observar, con ocasión a lo narrado en párrafos antecedentes, la salud es un servicio inherentemente prestacional el cual se encuentra amparado no solo por disposiciones jurídicas internas, que lo regulan de manera amplia y detallada sino también por tratados y convenios internacionales que dan la esencia de ser progresivo implicando siempre mayor disfrute y prestación, que como se verá más adelante es este uno de los principales criterios que pueden extraerse para que los altos tribunales hayan variado su jurisprudencia apartando la actividad medica hospitalaria en lo relativo a las infecciones intrahospitalarias del título tradicional e histórico de imputación subjetiva por falla probada del servicio a un régimen de imputación objetiva por daño especial o riesgo excepcional.

Luego de observar el desarrollo y las principales características del derecho a la salud veremos cómo se encuentra estructurado a la luz de la ley 100 de 1993 el derecho a la salud en su aspecto prestacional para luego convalidar que el título de conversión de imputación de responsabilidad obedece al deber de progresividad frente a la salud que tiene el estado a través del gobierno nacional, el legislativo y de manera excepcional el judicial a través de sus providencias.

A la luz de Ley 100 de 1993, la estructura general del Sistema de Seguridad Social en Salud en Colombia contiene tres elementos fundamentales: dirección, aseguramiento y prestación de los servicios de salud. La dirección está en cabeza del Ministerio de Salud, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, las autoridades departamentales, distritales y municipales, y los consejos territoriales de seguridad social en salud. El aseguramiento está a

cargo de las Entidades Promotoras de Salud (EPS) o aquellas otras que funcionen como entidades responsables de pago. La prestación está a cargo de los prestadores de servicios de salud, quienes son contratados por los aseguradores para que sean ellos quienes atiendan a sus afiliados.

Por el objetivo de nuestro análisis las entidades más relevantes son las encargadas del direccionamiento en cabeza del Ministerio de Salud ya que es esta colectividad la encargada de direccionar a nombre de la nación y a favor de la población las políticas públicas en salud buscando siempre el más alto nivel de goce del mismo, es por esta razón que cualquier omisión que genere un daño a un asociado puede en principio ser imputado a la entidad estatal bajo el título de falla probada en el servicio, incluso en los daños producidos por infecciones intrahospitalarias.

1.2 PROGRESIVIDAD DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD COMO FUNDAMENTO PARA LA CONVERSION DEL TITULO DE IMPUTACION POR INFECCIONES INTRAHOSPITALARIAS

La progresividad es un principio fundante en la teoría del derecho que consiste en que en ciertos temas de trascendencia universal, constitucional y de servicios públicos esenciales como es el caso de la salud siempre se busque y se materialice una protección progresiva esto es que cada vez se regule de mejor manera y brindando mayor protección. Con base en este principio de progresividad le está vetado al constituyente, al legislador, ejecutivo y a los jueces aplicar medidas que desconozcan la integralidad y la importancia del derecho para el bienestar personal y colectivo prohibiendo la regresión en materia de derechos fundamentales.

En materia de derechos fundamentales y en especial en el derecho a la salud hay un concepto esencial al mismo y es el de políticas públicas.

La corte constitucional afirma que las obligaciones prestacionales emanadas de un derecho fundamental pueden ser de cumplimiento inmediato o

progresivo, *“en el primero de los casos se da una necesidad de una acción simple del estado que no implica ni involucra gasto de recursos o que ante la gravedad y urgencia del asunto se requiere una acción estatal inmediata , mientras que aquellas obligaciones que son de cumplimiento progresivo tienen tal carácter por la complejidad de las acciones y los recursos que se requieran para garantizar el goce efectivo de estas facetas de protección de un derecho”*. Sentencia T 595 de 2002 MP Manuel José Cepeda Espinosa.

Respecto a la progresividad continua la corte afirmando en su sentencia *“ La progresividad justifica la imposibilidad de exigir judicialmente en casos individuales y concretos, el inmediato cumplimiento de todas las obligaciones que se derivan del ámbito de protección de un derecho constitucional, pero no es permiso para el estado para que deje de adoptar las medidas adecuadas y necesarias orientadas a cumplir las obligaciones en cuestión”*.

De las consideraciones de la corte con respecto a la progresividad del derecho a la salud podemos afirmar que se reconoce la imposibilidad real para atender a todos los requerimientos y problemáticas colectivas en materia de salud por cuestiones de planeación, capacidad económica, recursos humanos entre otros. Sin embargo pese a esta imposibilidad es inadmisibles que bajo la excusa de progresividad se prive a un particular de gozar del derecho de reparación integral si sufre un perjuicio imputable al estado.

De igual forma respecto al concepto de progresividad dado por la Corte podemos afirmar que el tema de las infecciones intrahospitarias es complejo y ha sido ampliamente insatisfecho y desatendido por parte de las entidades públicas de direccionamiento, vigilancia y control en materia de salud; igualmente no se ha producido una verdadera política pública por parte del estado en todos sus órdenes distrital , departamental , municipal en aras de prevenir y controlar esta afección.

La salud y el subtema de las infecciones intrahospitalarias encajan en una política progresiva de la cual ha hecho caso omiso el estado; por lo tanto y atendiendo a la gravedad del tema es razonable y plausible que la jurisprudencia haya cambiado el título de imputación general de falla probada en el servicio al régimen de responsabilidad objetiva; también es válido afirmar que con esta teoría se crea un apremio al estado en todas sus manifestaciones y competencias en el sector salud a controlar y expedir verdaderas políticas públicas que den solución a este problema so pena de poner a favor del particular todos los elementos probatorios y por ende facilitar la reparación patrimonial de la cual es acreedor.

1.3 LA SALUD COMO UN SERVICIO PÚBLICO INHERENTE AL MODELO SOCIAL DEL ESTADO, CONSECUENCIAS E IMPLICACIONES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD POR ACTIVIDAD MEDICA HOSPITALARIA

A la luz de la constitución de 1991 el modelo de estado cambio a un estado social de derecho el cual consiste según la Sentencia SU 111 del 6 de marzo de 1997 MP Eduardo Cifuentes Muñoz *“La cláusula Del Estado social de derecho tiene el poder jurídico de movilizar a los órganos públicos en el sentido de concretar en cada momento histórico un modo de vida público y comunitario que ofrezca a las personas las condiciones materiales adecuadas para gozar de una igual libertad”*

Del articulado mismo de la constitución podemos extraer las consecuencias necesarias de tener por social al estado colombiano; el art 366 determina que el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son fines sociales del Estado, también está el art 350 superior, el cual ordena la prioridad del gasto público social sobre cualquier asignación.

A la luz de estos articulados el Estado está en la obligación de garantizar las necesidades insatisfechas de salud por tal razón debe prestar un eficiente servicio público en materia de salud y en lo relativo a las infecciones

intrahospitalarias debe dirigir su accionar a través de sus entes para implementar soluciones reales y de fondo; sin dejar su total cuidado y custodia a las instituciones prestadoras de salud, a los entes territoriales y a las autoridades públicas descentralizadas so pena de incurrir en una falla en el servicio.

El art 49 superior deja a cargo del estado la atención de los servicios públicos de salud, obligándolo a garantizar el acceso, la promoción, protección y recuperación de la salud.

El art 365 constitucional es tal vez el articulado más importante para nuestra tesis y sirve necesariamente para sustentar la responsabilidad patrimonial del estado por falla en el servicio médico con ocasión a las infecciones intrahospitalarias lo que dará cuenta que no se requería a la luz de la Corte y por la naturaleza del derecho fundamental a la salud cambiar el régimen de responsabilidad.

Este articulado tiene que la prestación de servicios públicos y entre ellos la salud son un fin inherente al estado social, da la posibilidad al Estado de no prestar el servicio directamente sino que también permite a los particulares prestarlo bajo la estricta vigilancia y control del Estado; Si bien se autoriza delegar la prestación del servicio público de salud; el Estado, a la luz del art. 90 superior (cláusula general de responsabilidad del estado) no se exime de responder por sus acciones u omisiones que no permitan el goce pleno del derecho por los particulares.

En concordancia con lo anteriormente dicho podemos concluir que el Estado por el carácter social está en la obligación de atender las problemáticas del colectivo y garantizar la solución pronta a las mismas. Las infecciones intrahospitalarias como se verá en el siguiente capítulo han sido reguladas en el mayor de los casos por reglamentos internos y guías de manejo hospitalarios creados por recomendaciones de órganos internacionales, por esta razón y por la desatención que ha habido frente al particular es plausible endilgar

responsabilidad patrimonial al estado por la omisión de verdades políticas publicas respecto a las infecciones intrahospitalarias las cuales por su complejidad y alto costo no han sido atendidas en su totalidad por parte del Estado.

CAPITULO 2: PREVENCIÓN Y CONTROL DE LAS INFECCIONES INTRAHOSPITALARIAS

2.1 CONCEPTO, CLASIFICACION Y EPIDEMIOLOGIA DE LAS INFECCIONES INTRAHOSPITALARIAS

Por infecciones intrahospitalarias debemos entender que son condiciones médicas adquiridas por los pacientes en el hospital o institución prestadora de servicios de salud causadas por microorganismos reconocibles a través de manifestaciones clínicas y/o confirmación microbiológica. Estas Infecciones pueden ser adquiridas durante la estancia hospitalaria o hasta 72 horas después del egreso del paciente dependiendo del tiempo de hospitalización y del periodo de incubación de la enfermedad. De igual forma también han sido consideradas como tal, las adquiridas por los trabajadores de la institución o la comunidad en general como consecuencia de contagio con otros pacientes o con los desechos patógenos de instituciones hospitalarias.

En contraposición al concepto de infecciones intrahospitalarias a efectos prácticos y académicos del presente artículo se debe traer a conocimiento del lector el concepto de infecciones extra hospitalarias las cuales son condiciones médicas asociadas a procesos infecciosos presentes al momento de la admisión, o que suceden con ocasión a la patología del paciente.

Se clasifican como Infecciones extra hospitalarias:

- Paciente que ingresa infectado y egresa con la misma condición.

- Paciente que ingresa en periodo de incubación y desarrolla la infección dentro del hospital o después del egreso.

2.2 PROCOLOLOS Y GUIAS DE MANEJO INTRAHOSPITALARIOS

Las infecciones intrahospitalarias al tener un manejo complejo y tener múltiples causas de surgimiento y contagio requieren un manejo institucional y multidisciplinario es por esta razón que con La ley 09 de 1979 se estableció la salud como un bien de interés público creando disposiciones y políticas de vigilancia y control epidemiológico para el diagnóstico, pronóstico, prevención y control de las enfermedades transmisibles así como para la divulgación de la información epidemiológica.

Con posterioridad, el decreto reglamentario 1562 de 1984 derogado con posterioridad por el Decreto 3518 de 2006 estableció la necesidad y obligación de toda Institución prestadora de servicios de salud de conformar un comité de infecciones intrahospitalarias, el cual tiene por único fin vigilar, controlar y regular todo lo relativo a las infecciones intrahospitalarias, así mismo ordena al Ministerio de Salud y Protección Social reglamentar procedimientos de investigación prevención y control y de las mismas.

Respecto al comité, su constitución es obligatoria, establecerla en las instituciones prestadoras de salud, que de acuerdo a su complejidad son propensas a ser centro de contagio, sin embargo no hay un mecanismo aparte de las mencionadas disposiciones jurídicas mencionadas tendiente a regular, direccionar y controlar esta problemática pública.

El cumplimiento de esta ley es un requisito necesario e indispensable no solo para una adecuada prestación del servicio de salud sino también para la habilitación y acreditación del portafolio de servicios que requieren las

Instituciones prestadoras de salud y el cual es otorgado por los entes territoriales a través de las secretarías de salud.

Dejar en manos de un comité interdisciplinario, que en la mayoría de los casos no es ni siquiera conformado por las instituciones y el cual además presenta varios inconvenientes por cuestiones administrativas, económicas y organizacionales, da cuenta de una responsabilidad extracontractual del estado por omisión de políticas públicas reales, democráticas y participativas que atiendan de forma efectiva esta problemática.

Actualmente no existe registro unificado que permita medir el impacto, la ocurrencia y mortalidad de las infecciones intrahospitalarias de cara a mostrar esta problemática y apremiar al Estado en todos sus entes a dar solución. Los comités técnico científicos no dejan de ser órganos burocráticos e ineficaces los cuales no cumplen su función principal de inspeccionar y vigilar las áreas hospitalarias propensas a crear cepas de infecciones.

Por todo lo anterior concluimos entonces que la materia no ha sido atendida en forma completa y directa por parte del Estado lo que acarrea una responsabilidad imputable al mismo por una contundente falla en la prestación del servicio médico.

CAPITULO 3: TITULO DE IMPUTACION OBJETIVA DE RESPONSABILIDAD DE LAS INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SERVICIO DE SALUD.

3.1 IMPUTACION HISTORICA Y GENERICA DE LA FALLA PROBADA EN EL SERVICIO COMO TITULO DE IMPUTACION POR ACTIVIDAD MEDICA HOSPITALARIA EN CONTRAPOSICION AL TITULO DE IMPUTACION OBJETIVA

La responsabilidad extracontractual del estado ha tenido un desarrollo histórico y amplio lo que ha llevado a que sea una institución cada vez más desarrollada

y progresiva, en un principio se entendía que el estado era irresponsable y por consiguiente no se debía regir por el concepto general del derecho el cual consiste en que el que cause un daño o perjuicio está en la obligación de repararlo. Con posterioridad y con ocasión a la revolución francesa y la declaración de los derechos del hombre y el ciudadano se empieza a desarrollar la teoría de responsabilidad del estado la cual en un principio estaba asociada a la protección de la propiedad privada e implicaba al estado abstenerse de privar de forma injusta el disfrute del particular so pena de indemnizar los perjuicios que llegare a causar. El fallo en blanco también es sin duda el precursor no solo del derecho administrativo sino también de la institución de la responsabilidad del estado la cual concibe la responsabilidad de forma excepcional añadiendo el concepto de actividad y de servicios públicos; de esta manera cambia por completo la concepción y se tiene al Estado como un órgano activo y dinámico el cual debe realizar actividades y prestar servicios a favor de sus asociados.

A la luz de esta teoría se crea la institución de la falla en el servicio como título de imputación de responsabilidad al estado la cual nace de una deficiencia, falla o funcionamiento anormal de un servicio el cual debe ser prestado directamente por el estado o por los mismos asociados o particulares sin implicar el desconocimiento del Estado de sus obligaciones de inspección, control y vigilancia, frente al mismo, sino es prestado por el directamente; siempre que se presente una ausencia o deficiencia de la prestación del servicio público ya sea por acción u omisión se genera una responsabilidad directa por parte del Estado.

Esta teoría también da cabida a la colaboración de otras personas en la prestación del servicio pues no se sabe de manera individual quién cometió la falla sino que se trata de una cadena de personas o entidades las que cometen el error o la falta; Por eso la responsabilidad del Estado por falla en el servicio

es funcional, se entiende que hay identidad jurídica que concede a ese conjunto humano y operacional que es el servicio.

Esta teoría ha invocado que la falla del servicio se presenta adecuadamente cuando no se siguieron los reglamentos, protocolos o la ley que establece cómo se debe prestar el servicio.

El título de imputación subjetivo por falla en el servicio ha sido tradicionalmente el título de responsabilidad por daños y perjuicios causados a los particulares por la prestación de servicios médicos o por la actividad medica hospitalaria . Las infecciones intrahospitalarias al estar incursas en la actividad médica han sido objeto de este título de imputación de responsabilidad ya que de una u otra forma hacen parte del proceso de atención:

En este punto es necesario referirse a la complejidad que involucra la actividad médica el concejo de estado en la Sentencia de 23 de Junio de 2010 dice:

”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 ”

Respecto a la falla en el servicio el Consejo de Estado en sentencia del 30 de Octubre de 1990 dijo: *“Cuando se habla de responsabilidad por falla del servicio quien lo hace se está refiriendo a una especie de responsabilidad nacida de una falla funcional u orgánica que encuentra su fundamento en un servicio*

que la administración debía prestar, bien por disposición de la ley o de los reglamentos o cuando de hecho lo asume y que o no lo presta o lo presta de manera irregular en el espacio o en el tiempo”

Luego de traer a colación las dos consideraciones respecto a la complejidad de la actividad médica y de la falla en el servicio podemos afirmar que de manera acertada la jurisprudencia imperante del Consejo de Estado ha regulado la responsabilidad por actividad médica en el título de imputación por falla en el servicio ya que por la naturaleza de la ciencia médica y de su prestación siempre se tendrá una alea que dificulte la atención y la recuperación del paciente de esta manera con el sistema responsabilidad con culpa se está más acorde y consecuente a la realidad médica y a la naturaleza de la misma . En igual sentido al tratarse de un acto complejo se requiere necesariamente de elementos probatorios sólidos y estructurados que den cuenta del daño.

El tema de responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado por imputación subjetiva tiene una falencia y consiste en no tener un concepto claro y definido de la culpa como si sucede en otros ordenamientos como el civil y el penal , por esta razón se requiere de un estudio minucioso por parte de los operadores jurídicos través de medios probatorios de la conducta de la administración.

Analizaremos los diferentes títulos que se prestan en este sistema en lo referente a la actividad médica hospitalaria (incluyendo las infecciones intrahospitalarias) los cuales tienen incidencia en los elementos que se deben acreditar para su surgimiento y en las causales de exoneración que se deben consolidar para eximir la responsabilidad de la entidad estatal:

FALLA EN EL SERVICIO PROBADA O CULPA PROBADA:

El agente del Estado genera falla o falta en el servicio, el demandante tiene la carga de la prueba, debe probar la conducta culposa de la Administración, el

daño y el nexo causal; por lo tanto corre por su cuenta la carga procesal y probatoria de llevar al juez las pruebas para demostrar la culpa de la administración, esta carga se fundamenta en el principio procesal el cual consiste en que aquella persona o parte que realice una afirmación estará obligado a probarla.

El demandante deberá probar el daño antijurídico, perjuicios derivados del daño (lucro cesante, daño emergente, daño a la salud, afectación de la vida de relación), factor imputación, debe suministrar los elementos probatorios.

El demandado deberá demostrar que su agente fue idóneo, que contaba con pericia, experiencia requerida que fue oportuno, su actuar demostró diligencia, cumplimiento de protocolos y normas; que obró con diligencia y cuidado para evitar la concreción del daño; de esta manera se exonerará de responsabilidad.

FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA:

La falla del servicio se presume, el actor no tiene la obligación de aportar la prueba de la falla en el servicio, pero si debe demostrar el hecho causante del daño y el nexo causal, éste régimen hace presumir la falla pero no exonera al juzgador del análisis de la misma, ésta puede ser desvirtuada por la administración, mediante prueba que desmienta la premisa sobre la cual está cimentada la presunción. En otros términos: puede la administración aportar prueba en contrario que impida al juzgador extraer las consecuencias de la premisa que sirve de fundamento a la presunción de falla que se imputa.

CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA.

Es usado en Actividades que reportan alta complejidad en los procesos de responsabilidad médica aplica solamente cuando el demandante o usuario del servicio de salud se encuentra en condiciones muy inferiores de aportar las pruebas y por lo tanto le corresponde a la Entidad de Salud demostrar la

diligencia y cuidado, la jurisprudencia exige la culpa probada para declarar la responsabilidad del Estado

Este es un concepto inminentemente procesal el cual busca alivianar las cargas probatorias para hacer más efectivo el derecho sustancial pretendido, por razón quien debe probar es quien tenga mayores facilidades probatorias.

RESPONSABILIDAD OBJETIVA

En contraposición a este sistema de responsabilidad se ha desarrollado a la luz del art 90 superior y partir del fenómeno de la constitucionalización del derecho la teoría de responsabilidad administrativa y patrimonial del estado por imputación objetiva o sin culpa de la administración.

Para el propósito del presente trabajo, es este el título de imputación que actualmente está imperando para abordar la responsabilidad por actividad medica hospitalaria en lo concerniente a las infecciones intrahospitalarias. Este sistema se contrapone al subjetivo en que carece por completo del elemento de culpa para que surja la responsabilidad; Desde el punto de vista del particular se le brinda un apoyo mayor y más garantista pues el Estado responde sin que medie la culpa y por consiguiente sin que tenga que probar y acreditar la conducta culposa. Esta teoría surge por un cuestionamiento que surge a la cuestión de falla en tanto se cree que las personas al tener unos derechos fundamentales deben ser protegidas de manera directa y sin delación por parte del estado.

El particular debe probar solamente los elementos de la responsabilidad:

- **Actuación de la administración:** La actuación debe ser imputable a la administración sin que tenga relevancia el hecho de la culpa o que la actuación haya sido deficiente.

- **Daño:** lesión a un interés jurídicamente protegido el cual debe ser:

Cierto o Real: que se produzca fenomenológicamente y por ende se pueda probar.

Especial: no es algo que la generalidad de la comunidad sufre.

Anormal: que sea de aquellos daños que evidentemente lesionen el bien jurídico tutelado.

Antijurídico: El daño y quien lo sufre no deben tener el deber jurídico de soportarlo, este elemento es de suma trascendencia en el sistema de responsabilidad objetiva ya que se a la luz del art 90 superior se habló de un sistema de responsabilidad directa del estado dando especial importancia a la antijuridicidad del daño padecido por el particular, esto implica que si el particular acredita que sufrió un daño que no tenía ningún fundamento factico o jurídico para soportarlo el Estado está en el deber de repararlo sin la necesidad de que el asociado pruebe culpa o falla.

- **Nexo de causalidad:** El daño tiene que ser directo y con ocasión a la actuación de la administración. Para que la relación se dé efectivamente se ha identificado que debe ser: actual o próxima, idóneo y determinante.

RIESGO EXCEPCIONAL: El Estado para prestar un servicio tiene que ejecutar actividades riesgosas. Si el riesgo se concreta en un daño origina indemnización a cargo del Estado.

DAÑO ESPECIAL: El Estado tiene a su cargo el cumplimiento de unas actividades las cuales deben realizarse de forma completa , sin defectos y

acorde a derecho ; Sin embargo si en el cumplimiento de este mandado o en la aplicación de políticas públicas se produce un daño hay lugar a indemnizar. Ej. Privación injusta de la libertad. El Estado actúa legítimamente y lícitamente y produce un daño antijurídico.

3.2 CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO PARA LA VARIACION DEL TITULO DE IMPUTACION POR ACTIVIDAD MÉDICA HOSPITALARIA EN LO RELATIVO A LAS INFECCIONES INTRAHOSPITALARIAS:

Como hemos afirmado en el cuerpo del presente artículo la actividad médica hospitalaria es una prestación compleja que involucra obligaciones de medios y acciones por parte del estado, sin embargo el Consejo de Estado Sección tercera en Sentencia de 24 de Marzo de 2011, exp: 20.836. M.P: Enrique Gil Botero estableció situaciones en las cuales puede hablarse de responsabilidad del Estado por imputación objetiva en temas hospitalarios:

i) en virtud de la peligrosidad de la cosa, del procedimiento o del tratamiento empleado, siempre y cuando la herramienta riesgosa cause el daño de manera directa o por ella misma, pues si la lesión es producto de una ejecución irregular del acto médico, aunque medie un instrumento que represente peligro o riesgo, el caso específico estará regido por la responsabilidad subjetiva o culposa ii) cuando respecto de un medicamento, tratamiento o procedimiento que implica o conlleva un progreso en la ciencia y por lo tanto se considera novedoso se desconocen las consecuencias o secuelas a largo plazo del mismo iii) cuando en el acto médico se emplean químicos o sustancias peligrosas iv) en supuestos de vacunas porque se asume de manera implícita su eventual peligrosidad y reacciones adversas en los diferentes organismos v) cuando el daño es producto de una infección nosocomial o intrahospitalaria vi) cuando el daño se irroga por la cosa misma sin

que medie el acto humano, circunstancias en las que, al margen del riesgo del elemento la responsabilidad es de tipo objetiva.

Como puede observarse las infecciones intrahospitalarias caben en las hipótesis que según el honorable magistrado ponente puede imputarse por responsabilidad objetiva, sin embargo esta variación desconoce por completo la naturaleza y esencia de la actividad médica y de su componente prestacional, si bien es un hecho gravoso y dañino no puede desconocerse por el Consejo de Estado, el hecho de que la prestación del servicio médico es compleja y que actualmente está enfrentando graves crisis administrativas y económicas las cuales afectan la cobertura , prontitud , integralidad y oportunidad de la prestación de los servicios de salud.

Por parte del Consejo de Estado se ha dado 2 características esenciales de las infecciones intrahospitalarias las cuales llevan a cambiar el título de imputación:

A. Irresistentes

B. Previsibles

En relación a todo lo anteriormente abordado con esta teoría se está equiparando la actividad médica hospitalaria en el tópico de infecciones intrahospitalarias o nosocomiales y la atención de las mismas a una actividad de tipo peligrosa, la cual ha sido ampliamente abordada en la responsabilidad.

La actividad médica hospitalaria tiene como principal fin el cuidado, custodia y la realización de los cuidados paliativos necesarios por las condiciones médicas de cada paciente. Ha habido una amplia discusión frente a las obligaciones del galeno frente a su paciente la cual siempre ha sido considerada como una obligación de medios y en ciertas ocasiones de resultados (cirugía plástica), sin embargo esta afirmación no puede tenerse por absoluta toda vez que los médicos y los centros de salud también están investidos de

obligaciones de resultados como sucede por ejemplo con el consentimiento informado. Pese a haber estas excepciones la regla general consiste en tener por obligación de medios la actividad medica hospitalaria y la responsabilidad del galeno frente a su paciente.

No es viable y jurídicamente acertado tener la actividad medica hospitalaria y las infecciones intrahospitalarias como una actividad peligrosa, esta concepción, aunque es más garantista para los pacientes desconoce la naturaleza prestacional y asistencial del médico y de los centros de salud; los cuales se obligan contractual y constitucionalmente a prestar un servicio de forma oportuna, completa y eficaz sin garantizar en la mayoría de los casos como ya se explicó una cura total o un resarcimiento completo a los requerimientos de los pacientes.

Las instituciones prestadoras de servicios de salud y los galenos que pertenecen a ellas se ven abocados a responder patrimonialmente por hechos que no son imputables a su actuar y que su riesgo de ocurrencia es imposible eliminar totalmente por la imprevisibilidad e irresistencia que presentan las IAAS, generando sobrecostos en la prestación de los servicios de salud. Las condenas a cargo de los prestadores de servicios de salud en lo relativo a las IAAS no solo desconocen la naturaleza de la ciencia y el actuar medico si no también la realidad social y financiera del sector agravado aún más por las altas deudas de las E.P.S.

Con la conversión del título de imputación se pierde de vista la naturaleza aleatoria de la actividad médica, la cual involucra una serie de hechos y condiciones imprevisibles del paciente las cuales impiden a las instituciones prestadoras de servicios de salud y al personal médico garantizar la recuperación del paciente . Cada usuario del sistema de salud tiene condiciones particulares, tales como estado nutricional, patologías de base , entre otras ; Todas estas inciden en la adquisición de infecciones

intrahospitalarias y son ajenas a las instituciones prestadoras de servicios de salud; lo que hace aún más difícil el manejo de las IAAS.

3.1.2 IMPLICACIONES JURIDICAS, PROBATORIAS Y PRÁCTICAS DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN RELACION CON LAS INFECCIONES INTRAHOSPITALARIAS

Los medios de prueba son los elementos jurídicos utilizados para allegar al conocimiento al juez la ocurrencia de una IAAS ; En este sistema de responsabilidad sin culpa al demandante solo al tener que probar el daño y el nexo causal la historia clínica y los dictámenes periciales entran a jugar un papel importante en los procesos contenciosos la historia clínica es relevante ya que da cuenta de la instancia hospitalaria , los dictámenes periciales al ser emitidos por terceros imparciales con amplio conocimiento del tema ilustran al Juez de manera objetiva frente a un tópico altamente especializado y técnico como las IAAS. Las instituciones prestadoras de servicios de salud al ser condenadas con base en la responsabilidad objetiva independiente mente de darle un manejo institucional al tema con guías y protocolos de control y manejo no tienen la posibilidad de acreditar correctamente el uso de las mismas como un compromiso propio , humano y de responsabilidad social para evitar la creación y propagación de las mismas.

Lo anterior debe ser tenido en cuenta, como quiera que con la eventual condena patrimonial de las IPS se afecta la prestación del servicio ya que por su objeto social debe contar con suficiente solvencia para el pago de personal médico y administrativo de acuerdo con el portafolio de servicios ofertados y habilitados; en igual sentido no se puede perder de vista que de acuerdo a la naturaleza esencial e inalienable de la salud no puede desconocerse el deber comunitario y prestacional frente a los demás coadministrados, los cuales pueden ver menguado su derecho a la salud.

Las IPS se ven abocadas a las condenas por el cambio de jurisprudencia hasta tanto el Estado que es el verdadero garante crea un fondo para asumir las indemnizaciones generadas; que si bien es cierto no las deben asumir los pacientes tampoco las instituciones prestadoras de servicios de salud máxime cuando ha habido un completo abandono y acompañamiento estatal al tema.

3.1.4 CAUSAS EXONERATIVAS EN LA IMPUTACION OBJETIVA Y SU RELACION CON LAS INFECCIONES INTRAHOSPITALARIAS

Las causas exonerativas son aquellos hechos que buscan desacreditar el surgimiento y la imputabilidad del daño reclamado y en consecuencia, la indemnización a cargo del demandado. En el régimen de responsabilidad objetiva, la entidad estatal se exonera de responsabilidad probando la ausencia del nexo causal o una causa extraña las cuales pueden ser :

Fuerza Mayor: Es una causa externa y ajena al demandante y demandado que provoca el hecho dañoso. Este hecho debe ser externo, imprevisible y externo e irresistible.

Culpa Exclusiva de la Víctima: Es un hecho generado exclusivamente por la víctima o sujeto titular del derecho que provoca el daño

Hecho de un Tercero: Acto positivo o negativo que genera el daño pretendido totalmente ajeno a las partes.

Con la variación del título de imputación objetiva hacia un riesgo excepcional, los prestadores de servicios de salud están obligados a indemnizar al demandante aún actuando con la debida diligencia y cuidado y en cumplimiento de los protocolos y guías de manejo debido a la irresistibilidad de las infecciones intrahospitalarias o nosocomiales hasta tanto se cree el fondo para indemnizar a las víctimas de este daño. El demandado sólo puede exonerarse demostrando ausencia de nexo de causalidad o la causa extraña

(aquella causal que impide imputar determinado daño a una persona haciendo improcedente la declaratoria de responsabilidad).

El tema probatorio y el sistema de causas exonerativas en el título de imputación por riesgo excepcional se torna aún más complejo para las IPS ya que en el mencionado título no es válido como eximente de responsabilidad la acreditación de un caso fortuito por lo que el demandado solo podrá eximirse acreditando ausencia de nexo causal y causa extraña, no tiene relevancia acreditar un caso fortuito ya que este según esta teoría se desprende de la naturaleza misma de la actividad.

CONCLUSIONES

1. La actividad médica está concebida como una obligación de medios y no de resultados, para lo cual debe actuarse conforme a la *lex artis*; con la debida diligencia y cuidado.
2. El régimen de imputación es subjetivo salvo en las infecciones intrahospitalarias que la jurisprudencia reciente migró al régimen de responsabilidad objetiva.
3. El título de imputación de responsabilidad objetiva en cuanto a las infecciones intrahospitalarias representa un avance significativo en la protección de los derechos fundamentales a los pacientes , sin embargo representa una carga a las instituciones prestadoras de servicios de salud que puede poner en riesgo la prestación de este servicio público esencial.
4. El control y manejo de las infecciones intrahospitalarias es altamente complejo, costoso debido a la irrestibilidad que revisten las mismas.
5. La progresividad de un derecho fundamental y en especial de la salud es el principal motivo de cambio frente al sistema de responsabilidad del estado el cual busca apremiar al estado y a las entidades públicas a regular y dar solución de fondo a esta problemática.
6. Las infecciones intrahospitalarias se han convertido en una problemática publica, la cual no ha sido atendida por el estado como ordena la constitución generando de esta forma un padecimiento que afecta no solo a un número determinado de personas sino también al colectivo social; por lo tanto al estar desatendida esta problemática, es totalmente legitimo la configuración de una responsabilidad del estado por falla en el servicio.
7. Es altamente garantista la posición del Consejo de Estado de indemnizar a la víctima de una infección intrahospitalaria ya que la misma se constituye en un daño que no está obligada a soportar, dicha indemnización no debe estar a cargo de las instituciones prestadoras de

servicios de salud; para estas entidades, las mismas son irresistibles y obligarlas a asumir indemnizaciones a los pacientes genera un desequilibrio económico que tampoco están obligadas a soportar.

REFERENCIAS

PINEDA OLIVEROS, O . L. (2015). La Salud Publica Como Función Estatal , Responsabilidad del Estado Por Omisión de Políticas Publicas de Sanidad Mental. Bogotá: Editorial Leyer

PEREZ SINITABE, L. H. (2002) , Elementos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado. Bogotá: Editorial Leyer

LUCIA ARROYAVE, M. L (1999) . Infecciones Asociadas al Cuidado en la Práctica Clínica Prevención y Control. Medellín: Fondo editorial

BOTERO, E (2011). Responsabilidad extracontractual del estado. Bogotá. Temis S.A.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Congreso de la Republica. Constitución Política de Colombia 1991.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T 180 2013. M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T 760 2008. M.P Manuel José Cepeda Espinosa.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T 016 2007. M.P Humberto Antonio Sierra Porto.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T 395 1998. M.P Alfredo Beltrán Sierra.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T 199/2013. M.P Alexi Julio Estrada.

REPUBLICA DE COLOMBIA. Concejo de Estado. Sentencia Ago/19/09, Exp. 17.333 M.P. Enrique Gil Botero

REPUBLICA DE COLOMBIA. Concejo de Estado . Sentencia Mar/25/11, Exp. 20.836 M.P . Enrique Gil Botero

REPUBLICA DE COLOMBIA. Concejo de Estado. Sentencia Jun/27/12, Exp. 21.661 M.P. Mauricio Fajardo Gómez

REPUBLICA DE COLOMBIA . Concejo de Estado. Sentencia Jun/11/14, Exp. 27.089 M.P. Hernán Andrade Rincón

REPUBLICA DE COLOMBIA . Concejo de Estado . Sentencia Sep/10/14, Exp. 27.771 M.P. Hernán Andrade Rincón

REPUBLICA DE COLOMBIA . Concejo de Estado . Sentencia Sep/29/2015, Exp. 21.774 C.P. Stella Conto Díaz del Castillo