



Revista de
Derecho
Privado

**¿ES POSIBLE OBJETIVAR LA RESPONSABILIDAD CIVIL
DE LAS INSTITUCIONES MÉDICAS EN LOS EVENTOS DE DAÑOS
CAUSADOS POR INFECCIONES INTRAHOSPITALARIAS?**

PAOLA ANDREA MONCAYO ESCOBAR

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.56.2016.15>

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Rev. derecho priv. No. 56

julio - diciembre de 2016. e-ISSN 1909-7794

¿Es posible objetivar la responsabilidad civil de las instituciones médicas en los eventos de daños causados por infecciones intrahospitalarias?

Resumen

En Colombia se aplica el régimen general de responsabilidad subjetiva para la configuración de la responsabilidad médica. Lo anterior significa que deben cumplirse todos los presupuestos que la conforman, esto es, el daño, el hecho generador, el nexo causal entre estos dos elementos y la culpa del sujeto pasivo de la relación obligacional, que aparece precisamente con ocasión del acaecimiento del daño. Sin embargo, en los eventos de las llamadas infecciones nosocomiales o intrahospitalarias, es pertinente verificar si, conceptualmente, es realmente imprescindible probar el elemento de la culpa, o si por el contrario, es posible objetivar la responsabilidad civil de las instituciones médicas. El estudio examina la justificación de objetivar la responsabilidad civil y presenta un esquema legal que podría ser útil para iniciar un debate sobre la posibilidad de objetivar la atribución de la responsabilidad que nace por los daños originados en estos procesos infecciosos, análisis que, considerando su complejidad, debería darse desde las perspectivas jurídica, económica y social.

Palabras clave: infecciones nosocomiales, responsabilidad civil subjetiva, responsabilidad civil objetiva, *lex artis*, institución médica, acto médico, responsabilidad médica.

¿Is it possible to apply the objective liability of medical institutions in nosocomial infections events?

Abstract

Colombia applies the fault-based liability system to medical liability claims. This means that it is necessary to prove the damage, the triggering event, the causal link between the last two elements, and the fault of the person involved. Nevertheless, in the events of nosocomial infections, it is relevant to verify if, conceptually, it is really necessary to establish the fault, or if on the contrary, it is possible to determine the objective liability of medical institutions. This document examines the latter possibility and presents a legal scheme that might facilitate the debate over the possibility of determining a no-fault liability resulting from the damages caused by the nosocomial infections, through an analysis covering the legal, economic and social perspectives.

Keywords: Nosocomial infection, objective civil liability, fault-based civil liability, *lex artis*, medical act, health institution, medical liability.

¿Es posible objetivar la responsabilidad civil de las instituciones médicas en los eventos de daños causados por infecciones intrahospitalarias?*

PAOLA ANDREA MONCAYO ESCOBAR**

SUMARIO

Introducción – I. ANÁLISIS GENERAL DE LOS ENFOQUES ACTUALES EN COLOMBIA SOBRE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA ORIGINADA EN DAÑOS CAUSADOS POR INFECCIONES INTRAHOSPITALARIAS – A. *Contexto* – B. *Doctrina* – C. *Jurisprudencia* – II. DERECHO COMPARADO – A. *Francia* – B. *Argentina* – C. *Colombia* – 1. Corte Suprema de Justicia – 2. Consejo de Estado – III. PRESENTACIÓN DE UN ESQUEMA TEÓRICO DE OBJETIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE EVENTOS DE INFECCIONES INTRAHOSPITALARIAS EN COLOMBIA – A. *Justificación* – 1. Justificación jurídica – 2. Justificación económica – B. *Propuesta de una figura legal para su implementación en Colombia* – C. *Propuesta teórica de distribución de la indemnización del riesgo de los daños causados por las infecciones intrahospitalarias* – IV. CONCLUSIONES – Referencias.

* Cómo citar este artículo: Moncayo Escobar, P. A. (Diciembre, 2016). ¿Es posible objetivar la responsabilidad civil de las instituciones médicas en los eventos de daños causados por infecciones intrahospitalarias? *Revista de Derecho Privado*, (56). Universidad de los Andes (Colombia). <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.56.2016.15>

** Abogada de la Universidad del Rosario, especialista en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes, Magíster en Derecho Privado de la Universidad de los Andes. Consultora en la firma Pardo y Asociados S.A. Correo: andre.moncayo@hotmail.com

Introducción

En Colombia, actualmente, el régimen general de responsabilidad civil médica es subjetivo, y exige para que se configure dicha responsabilidad probar el daño, el hecho, el nexo de causalidad entre estos dos presupuestos y la culpa del sujeto que ocasionó el daño.

El presente estudio tiene como objetivo verificar si, para determinados eventos, como es el caso del contagio de una infección de carácter intrahospitalario,¹ es posible aplicar el régimen de responsabilidad civil objetiva.

Con tal propósito se realiza un análisis jurisprudencial y doctrinal para Colombia desde el año 1991 hasta nuestros días, teniendo en cuenta que a partir de la Carta Magna de 1991 empezaron a consolidarse importantes cambios en nuestro ordenamiento jurídico, en el que se fortalece la estructura del Estado social de derecho, donde la prioridad es el ser humano. Así las cosas, el estudio se enfoca en las sentencias hito que sobre la materia han surgido en los últimos años en la jurisdicción contencioso administrativa, relacionándolas con la perspectiva de la jurisdicción ordinaria y con lo encontrado en los ordenamientos jurídicos que han avanzado en la objetivación de este tipo de responsabilidad, con el fin de realizar un análisis de derecho comparado.

I. ANÁLISIS GENERAL DE LOS ENFOQUES ACTUALES EN COLOMBIA SOBRE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA ORIGINADA EN DAÑOS CAUSADOS POR INFECCIONES INTRAHOSPITALARIAS

A. Contexto

En Colombia, actualmente, el régimen general de responsabilidad civil médica es subjetivo, bajo el entendido que exige la prueba del *daño*, el *hecho*, la relación de causalidad entre el hecho y el daño sufrido por el paciente e, igualmente, la atribución subjetiva derivada de un comportamiento culposo o doloso, estableciéndose la violación de los deberes de cuidado, ya sea por negligencia, impericia, imprudencia o desconocimiento de la *lex artis* vigente (Vásquez, 1995, pp. 57-66).

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (CSJ), máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, señala que la declaración de responsabilidad en la actividad médica supone la prueba de “*los elementos que la estructuran, como son la culpa contractual, el daño y la relación de causalidad*” (Sent. Cas. Civ. de 12 de julio de 1994, exp. No. 3656). (CSJ Civil, 15 ene. 2008, E. Villamil).

Más adelante, la CSJ nuevamente reitera que “tratándose de la responsabilidad civil extracon-

1. De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, las infecciones intrahospitalarias “son infecciones contraídas durante una estadía en el hospital que no se habían manifestado ni estaban en período de incubación en el momento del internado del paciente. Las infecciones que ocurren más de 48 horas después del internado suelen considerarse nosocomiales. (...) Se ha señalado que los términos infecciones nosocomiales deben comprender infecciones que ocurren en pacientes tratados en cualquier establecimiento de atención de salud” (2003, p. 4). [Negritas en el original].

tractual médica, es indispensable demostrar sus elementos, en particular el acto o hecho dañoso, imputable a título de dolo o culpa, el daño y la relación de causalidad, cuya carga probatoria corresponde al demandante” (Civil, 17 nov. 2011, W. Namén). Así las cosas, es plausible afirmar que la culpa es un elemento indispensable para que se configure la responsabilidad civil médica, independientemente de si existe un vínculo jurídico preexistente o no.²

Sin embargo, se debe subrayar que una importante corriente doctrinal en el mundo, que ya se concreta en algunos países en jurisprudencia e incluso en leyes, viene defendiendo una nueva línea de pensamiento que busca, que para determinados eventos en los que el paciente sufre un daño por causas independientes a su condición médica, como es el caso del contagio de una infección de carácter intrahospitalario, se deba aplicar el régimen de responsabilidad civil objetiva.

En ese sentido es necesario verificar si, para este tipo de eventos, conceptualmente es realmente imprescindible probar el elemento de la culpa o si, por el contrario, es posible objetivar la responsabilidad médica de las instituciones hospitalarias. Lo anterior implicaría que basta al demandante probar la existencia del daño, el hecho y la relación de causalidad entre el daño y el hecho generador. Así, la obligación médica

frente al paciente dejaría de ser una obligación de medios —como es el criterio general para las actividades médicas— y pasaría a ser una obligación de resultados. De ser así, es posible prever que los afectados podrían llegar a tener mayores posibilidades de obtener una reparación de los daños ocasionados por las instituciones médicas en un proceso judicial.

B. Doctrina

Sobre el régimen general de responsabilidad civil médica, Jaramillo (2010, p. 134) expresa:

En la responsabilidad civil médica, de antiguo, se insufla un principio cardinal, amén de rector: el de la subjetividad, también conocido como culpabilístico, habida cuenta de que, se itera, la responsabilidad del profesional de la medicina, solo surgirá si se logra acreditar, cabalmente, que ha mediado culpa o negligencia en su actuación (quebranto de la *lex artis*).

En consecuencia, es posible afirmar que la doctrina mayoritaria está de acuerdo en que la culpa sigue siendo elemento indispensable de la responsabilidad en los servicios de la salud (Tamayo, 2013a, p. 1069).

Sin embargo, es innegable la evolución de algunos ordenamientos jurídicos en los que se

2. En el presente estudio no se analiza si el origen de la obligación es contractual o extracontractual, ya que su objetivo es verificar la posibilidad de objetivar la responsabilidad civil para los daños ocasionados por eventos de infecciones nosocomiales, independientemente de la existencia o no de una relación contractual previa al acto que dio origen a la obligación. En ese sentido, aunque no se desconoce la diferencia que existe entre el origen de la obligación contractual y extracontractual, se busca que los efectos de objetivar la responsabilidad médica para este tipo de eventos se circunscriban a los dos tipos de responsabilidad civil.

ha optado por objetivar parte de los eventos de la responsabilidad civil médica. Enfoque que es cuestionado por tratadistas como Tamayo (1995), quien afirma: “En efecto, la experiencia en el derecho comparado muestra que un régimen severo de responsabilidad civil (culpa presunta o responsabilidad objetiva) tiende a paralizar la iniciativa de los practicantes y de los investigadores médicos” (p. 125).

Ahora bien, considero pertinente acoger la conveniencia de un régimen general de responsabilidad civil subjetiva en la generalidad de la práctica médica, por las razones acabadas de señalar por la doctrina. Sin embargo, para eventos precisos de daños causados por infecciones intrahospitalarias, es procedente estudiar la posibilidad de objetivar la responsabilidad civil de las instituciones médicas, prescindiendo de la necesidad de probar el elemento de la culpa, al reconocer el argumento que en estos casos, por lo general, no es un acto médico el que causa el daño.

Al respecto, el jurista Jaramillo (2010, p. 56), define el acto médico como:

Conjunto de acciones u omisiones —acto, en sentido lato— que realiza el galeno en desarrollo o ejercicio de su profesión, con fundamento en sus conocimientos técnicos (profesionales), con el propósito de preservar la vida y la integridad física —y psicológica— del ser humano, coordinadas de su sacro oficio.

Con fundamento en lo anterior, en estos eventos específicos de daños causados por infecciones intrahospitalarias, es necesario analizar la responsabilidad de las instituciones de asistencia médica, a la luz del concepto definido por la doctrina como obligación de seguridad. Autores como Serrano (2000), Herrera (2008) y Tamayo (2013a) reconocen la obligación que tienen estas instituciones de garantizar todas las condiciones de seguridad, y tomar las medidas necesarias para cubrir posibles situaciones riesgosas que se puedan presentar durante la internación. Por consiguiente, sería viable afirmar que el centro asistencial adquiere una obligación de resultados, en el sentido de garantizar que el paciente no adquirirá nuevas enfermedades, ni se verá inmerso en accidentes derivados de su hospitalización, obligación que es diferente y complementaria a la obligación vinculada propiamente a la realización del acto médico.

C. Jurisprudencia

En Colombia, el desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia mantiene la prueba de los hechos que se califican como culpables, como elemento indispensable para que se configure la responsabilidad civil médica ante la presencia de infecciones intrahospitalarias. Al respecto, el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria señaló:

Invoca jurisprudencia de esta Corporación, con base en la cual acota que los

presupuestos para la “responsabilidad civil médica”, guardan relación con los siguientes aspectos: “un comportamiento activo o pasivo, violación del deber de asistencia y cuidado propios de la profesión, que el obrar antijurídico sea imputable subjetivamente al médico, a título de dolo o culpa, el daño patrimonial o extrapatrimonial y la relación de causalidad adecuada entre el daño sufrido y el comportamiento médico primeramente señalado” (sent. cas. civ. de 30 de enero de 2001 exp. 5507). (CSJ Civil, 1 dic. 2011, R. Díaz). [Cursivas en el original].

No obstante lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado presenta una evolución clara hacia la objetivación de la responsabilidad en los eventos médicos que nos ocupan.

En ese sentido es importante recordar que el Consejo de Estado colombiano, en una decisión proferida en el año 2013, modifica su línea jurisprudencial, que era similar a la subjetiva de la Corte Suprema de Justicia, al señalar que la sola demostración de la existencia de una infección intrahospitalaria que ocasiona el daño, aun sin la demostración de la falla del servicio o culpa, es premisa suficiente para imputar a la entidad estatal demandada una responsabilidad de carácter objetivo. Al respecto, la citada Corporación afirmó:

Por tales razones, en la presente oportunidad la Sala dispondrá lo pertinente para exhortar a las autoridades competentes a fin de que, como parte de la

política pública de salud, se estudie la posibilidad de instaurar seguros o fondos especiales que permitan distribuir el riesgo propio de la atención hospitalaria en los términos aquí analizados, tomando como base los modelos español y francés referidos (*supra* nota al pie 15). Un criterio relevante de la distribución, lo debe constituir la práctica efectiva de los centros clínicos y hospitalarios orientada a minimizar la existencia de bacterias nosocomiales. (...) Así las cosas, con el fin de hacer viable la distribución solidaria del riesgo y la viabilidad financiera del sistema de indemnizaciones, se hace necesario exhortar al Ministerio de Salud para que presente al Congreso un proyecto de ley estableciendo un sistema de asunción solidaria del riesgo por infecciones nosocomiales u otro tipo de padecimientos iatrogénicos sobre los que se pueda predicar la responsabilidad sin mediación de culpa, para lo cual debe crearse un fondo estatal especial. (CE Contencioso Administrativo, exp. 28214/2014, D. Rojas).

Atendiendo al mencionado precedente, la misma Corporación no solo reconoce la aplicación de la responsabilidad objetiva para este tipo de eventos, sino que, además, como parte de la política pública de salud, propugna por medidas legislativas para la adecuada distribución del riesgo de la atención hospitalaria.

En este orden de ideas, se busca mostrar que el Consejo de Estado ha tenido un papel funda-

mental en la evolución del tratamiento jurídico de estos eventos, al modificar la calificación de esta responsabilidad, desde un enfoque netamente subjetivo a otro predominantemente objetivo, planteamiento que repercute en la reparación de los daños ocasionados, al entender que la distribución inadecuada de este riesgo, que en ningún caso debe ser asumido por el afectado, hace necesario dirigirse hacia la creación de un marco legal que permita una forma más racional de distribuir la carga indemnizatoria.

En relación con el anterior enfoque, algunos juristas como el exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia, Javier Tamayo (2013b), consideran que las últimas sentencias del Consejo de Estado sobre el tema son cuestionables en cuanto a su juridicidad, justicia y conveniencia. En su concepto, los principios y derechos constitucionales solamente podrán ser exigibles cuando puedan ser posibles jurídica y fácticamente. Así pues, en lo referente a la salud, los elevados costos de su objetivación, siguiendo el modelo francés, inaplicable en un contexto socioeconómico como el de Colombia, descuidan el análisis económico del derecho y dejan en la penuria a la mayoría de usuarios pobres del sistema de salud, al generar elevadas cargas indemnizatorias y por ende una mayor insuficiencia de recursos.

Frente al anterior planteamiento, al estudiar el problema desde una perspectiva económica integral, incluyendo no solamente las erogaciones que se derivan de los procesos de reparación que tanto preocupan al jurista Tamayo

(2013b) —las que, en su opinión, serían devastadoras para el sistema al objetivar la responsabilidad—, sino adicionalmente los elevados costos que estos eventos ocasionan para las entidades prestadoras de los servicios de salud tanto públicas como privadas, es evidente que un análisis económico integral posiblemente podría llevar a conclusiones financieras diferentes a las expuestas por el reconocido tratadista. Lo anterior, reconociendo que es indiscutible el elevado costo que implica la ocurrencia de tales eventos, por lo que implementar mejores políticas de prevención y control como parte de la exigencia que supondría una objetivación de esta responsabilidad, redundaría en enormes beneficios económicos y sobre todo en menos víctimas por infecciones intrahospitalarias.

Para comprobar los efectos positivos de un sistema de prevención eficaz, a continuación se exponen los resultados de un estudio realizado por la Organización Panamericana de la Salud, cuyos hallazgos permitieron las siguientes afirmaciones:

No obstante, todos los estudios demostraron que la prevención de la infección nosocomial redundaba en la mejora de la atención médica y representa una reducción significativa de sus costos. (...) La inversión realizada para prevenir la infección nosocomial debería reducir esos costos, además de generar beneficios para la salud y bienestar del paciente, y disminuir las repercusiones económicas de dichas infecciones para el individuo y

la sociedad. Además de la carga económica para el sistema de salud, el tema adquiere importancia desde otros enfoques. En primer lugar, las infecciones hospitalarias son un indicador de la calidad de los servicios prestados. Actualmente, la eficiencia de una institución de salud se mide no solo por los índices de mortalidad y el aprovechamiento del recurso cama sino, también, por el índice de infecciones hospitalarias. Constituye pues un componente esencial del fortalecimiento de la seguridad de los pacientes. (2007, pp. 1-2).

Por su parte, Hugonnet (2000) describió así los resultados de un estudio acerca del costo global de las infecciones intrahospitalarias:

Un modelo de costo-beneficio para un programa de prevención y control de infecciones intranosocomiales, dicen los autores, se basó en un estudio de 1 año de evaluación, a partir del caso de un centro hospitalario de 250 camas, con una tasa de infección del 5% (524 infecciones), una prolongación promedio del tiempo de internación de 4 días, un costo promedio por infección de \$ 1833 y un presupuesto anual de 1 millón de dólares. En este marco, describen los autores, la implementación de un programa de prevención de infecciones de \$ 60000, con una reducción moderada del 6% en la tasa de infección (previniendo 31 infecciones, con un costo de \$ 57000) cubre los gastos del programa de preven-

ción. En concordancia, un programa más extensivo de control de infección que reduzca 32% la tasa de infección (168 infecciones) disminuiría en \$ 260000 los gastos del hospital. (Costo global..., párr. 1).

Con fundamento en lo anterior, es posible afirmar que un buen sistema de prevención de infecciones hospitalarias redundaría no solo en beneficios inexorables para la salud y la vida de los pacientes, sino en una reducción significativa de los costos que conlleva la presencia de estas infecciones.

II. DERECHO COMPARADO

Es un hecho innegable que en la prestación de servicios hospitalarios, incluso en los países de gran desarrollo económico y social, las infecciones nosocomiales continúan siendo un grave problema de los sistemas de salud, entre otros asuntos, por los elevados costos que exige su tratamiento y los enormes daños que causan a las víctimas directas y a sus familias.

Desde el punto de vista jurídico se presenta una gran dificultad para esclarecer y establecer la responsabilidad médica de las instituciones de salud, precisamente, por la complejidad y muchas veces la imposibilidad de determinar claramente la causa de la infección. En estas circunstancias, las víctimas de estos eventos se enfrentan a una enorme carga para probar la causa del daño recibido y, aún más difícil, demostrar la existencia del elemento de la culpa,

bien sea que esta deba configurarse a título individual, o de manera solidaria entre el médico tratante, el personal de la institución de salud y la propia institución de atención hospitalaria.

Teniendo en cuenta lo anterior, es importante conocer el desarrollo que ha tenido el tema en distintos países, para hacer una comparación con las posibilidades de desarrollo en Colombia. Y si bien no es posible hacer un estudio comparado en toda regla, sí es factible identificar al menos dos ordenamientos relevantes para el ejercicio. En primer lugar está Francia, no solamente por ser históricamente cuna del derecho civil continental y por su reconocido aporte al desarrollo de la responsabilidad subjetiva, sino porque posiblemente es el país que más ha avanzado hacia la objetivación de ciertos eventos médicos, en particular, los que corresponden a la responsabilidad derivada de daños ocasionados por infecciones nosocomiales. Por tales razones se constituye en marco de referencia en esta materia para el resto de países en el mundo, bien sean desarrollados, entre los que vale citar solo a título de ejemplo a Canadá, o bien países más cercanos a nuestra propia realidad, como Argentina, que se expondrá igualmente en el presente acápite.

A. Francia³

Tal como lo anota el profesor Poumarède (2012), la división entre la responsabilidad

contractual y la delictual o extracontractual se ha ido matizando en Francia de manera importante:

La alineación de la responsabilidad contractual con la responsabilidad delictual.

Esta concepción del contrato tuvo éxito tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, así como en la legislación, transformando la responsabilidad contractual que se convierte rápidamente en una pálida copia de la responsabilidad delictual. (p. 314). [Resaltado en el texto original].

Adicionalmente a esta alineación entre responsabilidad contractual y extracontractual, también existe la idea de unificar criterios tanto para el régimen público como el privado:

Si la originalidad de los informes en cuestión condujo al Consejo de Estado a construir un régimen especial de responsabilidad distinto del resultante del Código Civil, no obstante la comunidad de función de las responsabilidades civil y administrativa conduce a su aproximación, las diferencias de regímenes deben descartarse cuando nada las justifica. (...) Se encuentra pues en materia administrativa el esquema clásico de toda responsabilidad civil exigiendo un hecho generador, un daño y una relación de causalidad. (Poumarède, 2012, pp. 305-306).

3. Las traducciones de los apartes de fuentes francesas citadas en este acápite fueron realizadas por la autora del presente artículo.

Y ahora, para introducirnos al tema concreto que nos ocupa, es realmente relevante subrayar que la misma legislación francesa ha buscado aproximar los regímenes privado y público, siendo el mejor ejemplo lo concerniente a la responsabilidad médica, tal como lo expone Poumarède:

El legislador no ha permanecido ajeno. Desde hace tiempo, busca aproximar los regímenes que someten a las personas privadas y públicas a un régimen de responsabilidad idéntico. El ejemplo más claro es sin duda la Ley No. 2002-303 del 4 de marzo de 2002 relativa a los derechos de los pacientes y a la calidad del sistema de salud que unificó la responsabilidad médica, toda vez que el régimen instituido se aplica idénticamente a la medicina privada y a la medicina pública. Por consiguiente, la ley trasciende la distinción entre la responsabilidad administrativa y la responsabilidad civil. (2012, pp. 307-308).

En efecto, en Francia el régimen de responsabilidad de los hospitales públicos se origina y desarrolla inicialmente en la jurisprudencia administrativa, y luego se consolida en la Ley 2002-303 del 4 de marzo de 2002. De esta manera, se introducen importantes reglas en el derecho escrito, incluyendo la convivencia y articulación de las reglas de la responsabilidad con culpa, y unos cuantos eventos de reparación de daños, sin culpa, soportados en un esquema de repartición del riesgo bajo un principio de solidaridad nacional. En este último

esquema se cubren ciertos accidentes médicos, afecciones iatrogénicas, esto es, producidas como consecuencia directa de un tratamiento médico y las infecciones nosocomiales.

Al respecto es importante mencionar que el Consejo de Estado de Francia (CEF) definió el principio de solidaridad nacional, estableciendo lo siguiente:

La noción de solidaridad nacional se desarrolló en el derecho público de la responsabilidad: se le traslada al Estado reparar los daños que ninguna persona pública ha causado pero que se relacionan con el ejercicio de sus competencias. El preámbulo de la Constitución del 27 de octubre de 1946 consagra esta solidaridad: *“La nación proclama la solidaridad y la igualdad de todos los franceses frente a las cargas que resulten de las calamidades nacionales”*. (CEF, 2004, Consideraciones generales, párr. 13).

En ese sentido, de manera general es posible afirmar que la objetivación de la responsabilidad por infecciones de carácter nosocomial se inició en la evolución jurisprudencial, que luego fue asumida por el legislador francés, tal y como lo expone el jurista Mazeaud (2003, pp. 370-371).

Finalmente, el último caso de responsabilidad sin culpa que la Corte de Casación había consagrado antes de 2002, concernía a las infecciones nosocomiales, es decir las enfermedades provoca-

das por micro-organismos y que son contraídas en un establecimiento de salud o en un consultorio médico por el paciente. En una primera etapa, la jurisprudencia sometía la implementación de la responsabilidad del médico o del establecimiento de salud a la prueba de la culpa cuya carga probatoria estaba en cabeza del paciente. También, para mejorar la situación de las víctimas, la Corte de Casación había decidido, en una segunda etapa, que la responsabilidad de los establecimientos de salud, en caso de infección nosocomial, no se fundamentaba más en la exigencia de la culpa, pero sí en la presunción de la culpa, tanto así que para escapar de su responsabilidad, ellos debían demostrar que los daños sufridos por el paciente no eran debidos a una falta que les fuera imputable. En una tercera etapa, la Corte de Casación cruza decididamente el paso a la responsabilidad objetiva, pues decide que en materia de infección nosocomial, el médico y la clínica estaban enmarcados en una obligación de seguridad de resultados de la que no podían liberarse sino aportando la prueba de una causa externa. (...) En consecuencia, antes de la reforma legislativa, la responsabilidad de los médicos y de las clínicas estaba separada de toda

idea de culpa y estaba fundada sobre la idea de la causalidad. Y, la Corte de Casación había de todos modos decidido que la víctima debía establecer la prueba de la relación de causalidad entre la intervención médica sufrida y la infección, fuente de su daño.

De esta manera, es posible afirmar que en el actual derecho francés la responsabilidad médica es esencialmente de naturaleza subjetiva y se fundamenta en la comprobación de la culpa. Sin embargo, para ciertos eventos médicos opera la objetivación de la responsabilidad; precisamente, el artículo L1142-1 del Código de la Salud Pública,⁴ primer artículo de los principios generales, muestra integralmente esta situación, puesto que establece que la responsabilidad con culpa es la generalidad, y la objetivación de los casos de infecciones nosocomiales es uno de los casos particulares más importantes en que se establece la objetivación de la responsabilidad.

Para concluir el acápite de Francia es importante recordar que, para llegar a lo anterior, la evolución legislativa se dio en dos etapas. De acuerdo con lo expresado por Mazeaud, (2003, pp. 371-372), en una primera etapa, en los casos de infecciones nosocomiales en los que el médico o el establecimiento de salud podían

4. El mencionado artículo preceptúa lo siguiente: I.- Excepto en los casos donde la responsabilidad se incurre debido a un defecto de un producto de salud, los profesionales de la salud mencionados en la parte IV de este código, así como cualquier establecimiento, servicio u organismo, dentro de los cuales se realizan actos individuales de prevención, diagnóstico o atención, no son responsables de las consecuencias dañinas de los actos de prevención, diagnóstico o atención sino en caso de presentarse culpa. (...) Los establecimientos, servicios y órganos mencionados son responsables de los daños resultantes de infecciones nosocomiales, excepto si ellos reportan la prueba de una causa externa.

acreditar la existencia de una causa externa, era la solidaridad nacional quien entraba a cubrir la reparación. Lo anterior significaba que para los eventos en que no existiera una causa externa, las indemnizaciones debían ser cubiertas por los establecimientos de salud y sus aseguradoras. En una segunda etapa, y ante la presión de las compañías aseguradoras que amenazaron con retirarse del negocio de los seguros médicos, se cargó el peso más fuerte a la solidaridad nacional, al establecerse que si la víctima fallece o sufre una incapacidad permanente superior al 25 % es la solidaridad nacional quien asume su indemnización.

B. Argentina

Un ejemplo importante del desarrollo en esta materia es Argentina, donde un sector considerable de la doctrina y la jurisprudencia sostienen:

Los sujetos titulares de establecimientos asistenciales de salud, tanto públicos como privados, asumen frente a los pacientes allí asistidos una responsabilidad directa y objetiva. De esta manera, el incumplimiento de una obligación de seguridad, generará una responsabilidad objetiva de los centros asistenciales, de lo cual surgirá a su cargo una obligación indemnizatoria de reparar integralmente los perjuicios que hayan sufrido los pacientes en ellos asistidos. (Urrutia, A., Urrutia, D., Urrutia, C. y Urrutia, G., 1995, p. 198).

Al examinar la situación de Argentina, se observa que este país se encuentra en la tercera y última etapa de las que vivió la jurisprudencia francesa antes de llegar a que el legislador objetivara la responsabilidad en los eventos de infecciones intrahospitalarias, tal como se expuso al inicio de este escrito. Como lo anotara Mazeaud (2003, pp. 370-371), en la última etapa el juez francés cruza decididamente el paso hacia la objetivación de la responsabilidad para estos eventos específicos al determinar, que en esta materia, el médico y la clínica respondían por una obligación de seguridad, donde la única manera de exonerarse de responsabilidad era aportando prueba de una causa externa.

Tal como lo analiza López Miró (2015, pp. 293-307), en la jurisprudencia de este país se presenta una clara tendencia a objetivar la responsabilidad derivada de infecciones intrahospitalarias. Para corroborarlo presenta varios ejemplos en los que es absolutamente clara esta situación, fundada en la responsabilidad de seguridad de los hospitales.

Como se desprende de lo anterior, es clara la decisión de objetivar la responsabilidad derivada de los eventos de infecciones nosocomiales bajo cualquier fundamento de la responsabilidad: la presencia de una obligación de garantía, deber de vigilancia, obligación de seguridad o cualquiera otra. Así pues, la responsabilidad no se fundamenta en la culpa del médico o la entidad de salud, sino bajo la ocurrencia de la infección, el presupuesto de la existencia del daño y el vínculo causal entre la intervención

médica y la infección, pudiéndose únicamente liberar de la responsabilidad con la acreditación de caso fortuito o la culpa de la víctima.

Igualmente, el jurista argentino López Mesa, quien realiza una interesante defensa de la vigencia de la imputación subjetiva como régimen general, reconoce que hoy esta se complementa por instituciones de responsabilidad objetiva, las que se desarrollan a través de instrumentos que buscan la solidaridad frente a los riesgos colectivos, por ejemplo, mediante los denominados fondos de garantía:

La institución de los fondos de garantía o “fondos de reparación”, surgió en el derecho por una necesidad concreta fundada, bien en el carácter fortuito de ciertos accidentes corporales, tales los imputables actos de terrorismo, o bien de sus circunstancias excepcionales (autor en fuga, dañador no asegurado e insolvente, fallo del asegurado). Estos fenómenos obligaron al dictado de legislaciones especiales instituyendo, para asumir estos riesgos incontrolables, los fondos de garantía de víctimas. Estos fondos de garantía según su dedicación respectiva, son financiados por una fracción de cotizaciones, contribuciones o primas pagadas por los generadores potenciales de los riesgos concernidos, o por contri-

buciones obligatorias, las tasas parafiscales o las dotaciones presupuestarias. Se subrogan, si llega el caso, en los derechos de las víctimas a las que indemnizaron, contra el autor del responsable del accidente. (2013, pp. 35-36).

C. Colombia

Si bien la Corte Suprema de Justicia refuerza el criterio de responsabilidad, con fundamento en la culpa como la columna vertebral en materia de responsabilidad médica,⁵ es importante no desconocer la evolución que se ha presentado en otros ordenamientos jurídicos y que ha reconocido el Consejo de Estado de nuestro país, para objetivar la responsabilidad en eventos específicos como el de las infecciones intrahospitalarias.

1. Corte Suprema de Justicia

La Corte Suprema de Justicia, como máxima autoridad de la llamada jurisdicción ordinaria en materia de responsabilidad civil de las instituciones médicas, ha mantenido su postura frente al régimen general de responsabilidad con culpa, incluidos los eventos de infecciones nosocomiales, exigiendo estrictamente el cumplimiento de los presupuestos que la

5. Sin embargo, en este punto es importante recordar que la Corte Suprema de Justicia ha reconocido y desarrollado la obligación de seguridad que recae sobre los centros asistenciales, estableciendo que estas instituciones deben tomar las medidas necesarias para que el paciente no sufra ningún accidente en el curso o con ocasión del cumplimiento de las prestaciones esenciales que por razón del contrato dicho centro asume. (Civil, 18 oct. 2005, P. Munar).

misma jurisprudencia y la doctrina requieren para imputar la responsabilidad subjetiva a los profesionales de la salud y a las instituciones médicas.

Por lo tanto no sigue la corriente de otros países, donde la responsabilidad derivada de los eventos de las infecciones intrahospitalarias ha cruzado el camino hacia la objetivación, rumbo adoptado por el Consejo de Estado como se analizará más adelante.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia decidió en casación un interesante caso de responsabilidad civil médica, correspondiente a un paciente que, después de una cirugía planificada de nariz, denominada *septoplastia y turbino-plastia*, falleció como consecuencia de una infección de carácter nosocomial. En la sentencia se reafirma la necesidad de cumplir con todos los presupuestos que configuran la responsabilidad con culpa, y por lo tanto no acepta ningún principio general de presunción absoluta de culpa, por ejemplo, para ser aplicado a las infecciones intrahospitalarias bajo estudio, tal como se señala en el siguiente texto:

Tratándose de la responsabilidad civil extracontractual médica, es indispensable demostrar sus elementos, en particular el acto o hecho dañoso, imputable a título de dolo o culpa, el daño y la relación de causalidad, cuya carga probatoria corresponde al demandante, sin admitirse *“un principio general encaminado a establecer de manera absoluta una presunción de culpa de los facultativos (sentencias*

de 5 de marzo de 1940, 12 de septiembre de 1985, 30 de enero de 2001, entre otras”, ni se oponga a “que el juez, con sujeción a las normas jurídicas y de la mano de las reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica, deduzca ciertas presunciones (simples o de hombre) relativas a la culpa galénica; o que lo haga a partir de indicios endoprocesales derivados de la conducta de las partes (artículo 249 Ibídem); o que acuda a razonamientos lógicos como el principio res ipsa loquitur” (cas. civ. sentencia de 22 de julio de 2010, exp. 41001 3103 004 2000 00042 01). (CSJ Civil, 17 nov. 2011, W. Namén). [Cursivas en el texto original].

Además de lo ya observado en el párrafo anterior, la jurisdicción ordinaria en Colombia sigue la tradición francesa de la responsabilidad con culpa como régimen general, exigiendo los mismos presupuestos clásicos para configurarla. Por lo tanto, tal como ocurre en el derecho civil francés con la responsabilidad subjetiva del hecho personal, quien debe aportar en este caso la prueba de la culpa, sin ningún beneficio de presunción, es la víctima.

En la referida sentencia, la Corte Suprema de Justicia realiza así mismo una importante precisión en relación con la culpa médica, concretamente en lo referente al ámbito particular en que se desenvuelve el profesional en el momento de la realización del acto médico, cualquiera que sea la etapa o etapas en que se presente el daño. Así las cosas, bien

puede ser desde el inicio, como el pronóstico o diagnóstico, pasando por la intervención y el tratamiento, hasta el seguimiento o control del acto, circunstancias que dentro del marco de especialidad que desarrolla el galeno le imponen deberes y obligaciones estrechamente relacionados con el estado de la ciencia y la *lex artis* que rige su actuar.

Finalmente, en esta misma providencia es importante resaltar que la Corte Suprema de Justicia, al igual que la doctrina y jurisprudencia francesa (Poumarède, 2012, p. 314), válidamente le quita relevancia al yerro de la parte demandante de presentar una acción de responsabilidad contractual en lugar de la extracontractual, de acuerdo con los supuestos fácticos de la demanda, matizando la diferenciación entre estos tipos de responsabilidad, como se aprecia en el siguiente aparte:

Nos parece que, en el porvenir, la distinción entre responsabilidades contractual y extracontractual está llamada a perder su importancia en provecho de otra distinción, que tiende hoy a afirmarse cada vez más, entre el ‘derecho general’ o ‘derecho común’ y los regímenes especiales de responsabilidad civil’, (...) y, de la responsabilidad médica, por cuanto, en oportunidades, unos mismos hechos, actos o conductas, a más de lesionar el contrato y, por tanto, los derechos e intereses de las partes contratantes, pueden generar un detrimento a terceros extraños al vínculo contractual, o sujetos distintos pueden causar el quebranto a una

misma persona o a varias personas bajo distintas relaciones o situaciones jurídicas o diversos títulos de imputación, por ello legitimados para reclamarlos de conformidad con las normas legales. (cas. civ. sentencia de 4 de mayo de 2009, exp. 05001-3103-002-2002- 00099-01). (CSJ Civil, 17 nov. 2011. W. Namén). [Cursivas en el original].

Por lo anterior es claro cómo esta Corporación se fundamenta en la aplicación de la supremacía del derecho sustancial sobre el formal, y propende por buscar la solución real del conflicto.

2. Consejo de Estado

Es oportuno iniciar afirmando que la responsabilidad en la prestación de servicios médicos por parte del Estado se fundamenta en la prueba de la falla del servicio, como régimen subjetivo general, y solo entraría a operar la responsabilidad objetiva de manera subsidiaria y excepcional, bajo esquemas como los que a continuación se examinan para los eventos de infecciones nosocomiales. En todo caso, como régimen general, cuando el título jurídico de imputación sea la falla del servicio, deben cumplirse la totalidad de los presupuestos que la conforman, inclusive acudiendo al indicio para facilitar la prueba de la falla en el acto médico y la misma relación de causalidad. (CE Contencioso Administrativo, 11 jun. 2014, H. Andrade).

Aunque con anterioridad el Consejo de Estado había establecido la responsabilidad objetiva

de instituciones médicas del Estado en casos de infecciones nosocomiales, a partir del año 2013 se comienza a estructurar con mayor fuerza una nueva tendencia en el país hacia la objetivación de la responsabilidad del Estado frente a estos eventos, determinando que no necesariamente se debe presentar falla del servicio o incurrirse en conductas que vayan en contra de la *lex artis*, porque lo importante aquí es el resarcimiento del daño.

En efecto, el Consejo de Estado, ante una acción instaurada con ocasión del daño sufrido por un menor a causa de una infección nosocomial en un centro asistencial del Estado, la Corporación se planteó como problema jurídico si era necesario establecer una falla del servicio como causa de la enfermedad, o si por el contrario el solo hecho de que estuviera demostrada la infección intrahospitalaria era suficiente causa justificada para imputarle responsabilidad a la institución médica bajo un título de atribución de carácter objetivo (CE, Contencioso Administrativo, 29 ago. 2013, D. Rojas).

Antes de resolver este problema, la Corporación recuerda que la jurisprudencia frente a los eventos de infecciones nosocomiales, algunas pocas veces, había admitido un régimen de falla presunta,⁶ haciendo que la carga de demostrar que se había actuado con diligencia, con medidas de asepsia y esterilización, para evitar el hecho dañoso, se ubicara en cabeza de la entidad estatal, solución que buscaba dis-

minuir la carga del particular en casos de alta dificultad probatoria como los que nos ocupan, pudiendo el particular incoar demandas contra el Estado, respaldado en la prueba del daño, la presencia de una infección nosocomial y el nexo causal, de manera que la entidad debía desvirtuar la presunción de falla del servicio.

Seguidamente, en la referida sentencia, la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo recuerda que para los eventos de infecciones nosocomiales, en el derecho comparado existe una clara tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad de los establecimientos de salud, refiriéndose a los casos de Francia y Argentina, países que se analizan igualmente en el presente trabajo.

En ese sentido, el Consejo de Estado, en ausencia de falla probada del servicio, siguiendo la tendencia observada en el derecho comparado hacia la objetivación de la responsabilidad por daños derivados de las infecciones nosocomiales, consideró que estos deben examinarse bajo la óptica de un régimen objetivo de responsabilidad soportado en el riesgo excepcional.

En principio, menciona que en relación con el título jurídico de imputación, la jurisprudencia de la misma Corporación, en el año 2008, ya comenzaba a plantearse la posibilidad de moverse para eventos especiales como las infecciones nosocomiales del esquema general de

6. Es importante recordar que la falla presunta, en la jurisprudencia francesa, fue la primera fase hacia el camino de la objetivación de la responsabilidad en los eventos de infecciones intrahospitalarias.

la falla del servicio de carácter netamente subjetivo, al criterio subsidiario objetivo de responsabilidad de riesgo excepcional (CE, Contencioso Administrativo, 26 ago. 2008, M. Fajardo).

Y en providencia del 29 de agosto de 2013, concluye que para los casos de daños ocasionados por infecciones nosocomiales, sin la presencia de la culpa, el título de imputación objetiva es el del riesgo excepcional, determinado por el denominado riesgo-álea, porque este define con más precisión las características de este tipo de riesgo asumido por la prestación de los servicios médicos (CE Contencioso Administrativo, 29 ago. 2013, D. Rojas).

En resumen, en esta sentencia hito del año 2013, en relación con las infecciones intrahospitalarias, el Consejo de Estado concluye que el riesgo puede servir como factor para atribuir jurídicamente responsabilidad a la administración por los daños causados con ocasión de una infección de carácter intrahospitalario, y califica la responsabilidad como objetiva, indicando que para liberarse de la obligación de indemnizar los perjuicios deberá demostrar que el paciente ya tenía la infección antes de ingresar a la institución médica.

Finalmente, cabe anotar que esa tendencia hacia la objetivación de los eventos de infecciones nosocomiales se ratifica por el Consejo

de Estado en sentencia proferida el 11 de junio del 2014, en la que en su parte considerativa incluye una argumentación similar a la de la sentencia del 2013, acabada de analizar, en un caso en el que se atendió integralmente y según los supuestos fácticos con diligencia, el proceso de parto de una señora que adquirió una infección nosocomial, para igualmente declarar la responsabilidad objetiva de la institución demandada⁷ (CE Contencioso Administrativo, 11 jun. 2014, H. Andrade).

Frente a lo observado en Francia, país que inicialmente por la vía jurisprudencial había objetivado la responsabilidad derivada de los eventos de infecciones nosocomiales, y que luego el legislador dentro del Código de Salud Pública la estructuró e implementó sin distinción entre entidades públicas o privadas, es preciso destacar que en Argentina, y en las decisiones acabadas de examinar del Consejo de Estado colombiano, es evidente la tendencia a objetivar esta responsabilidad, priorizando así la indemnización del daño.

Por el contrario, la posición de la Corte Suprema de Justicia colombiana, a diferencia del Consejo de Estado y las demás tendencias atrás señaladas para estos eventos, se mantiene en su decisión de aplicarles estrictamente el régimen general de responsabilidad subjetiva con culpa.

7. Finalmente, valdría la pena preguntarse si el riesgo derivado de los daños ocasionados por infecciones intrahospitalarias puede trasladarse al paciente a través del consentimiento informado. Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia del 29 de septiembre de 2015, estableció que “frente a las enfermedades nosocomiales, el principio de la asunción del riesgo por el consentimiento debe relativizarse, con la posibilidad de no llegarse a aplicar, si se dan otras circunstancias que, en conjunción con la antedicha imperfección, demuestren la desproporcionalidad de la carga nosocomial.” (CE Contencioso Administrativo, 29 sep. 2015, S. Conto).

III. PRESENTACIÓN DE UN ESQUEMA TEÓRICO DE OBJETIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE EVENTOS DE INFECCIONES INTRAHOSPITALARIAS EN COLOMBIA

A. Justificación

1. Justificación jurídica

El régimen general de responsabilidad subjetiva, basado en la culpa médica de las instituciones de salud, puede en algunos casos superar la capacidad económica individual de los sujetos pasivos de la relación obligacional que surge con el daño, cuando se presentan eventos productores de daños graves como las infecciones nosocomiales. Lo anterior, tratándose particularmente de profesionales del sector salud e incluso de las mismas instituciones médicas, situación que deja desprotegidas y sin ninguna posibilidad cierta de resarcimiento a las víctimas. Por eso, autores como el profesor Poumarède (2012) señala que en Francia, país pionero en la objetivación de la responsabilidad en situaciones como las que se han venido mencionando, para estos casos que representan considerables daños materiales y morales que deben ser reparados, la responsabilidad civil individual y subjetiva, aun prevaleciendo claramente como régimen general, comienza a marginalizarse con la presencia de los mecanismos de reparación colectiva inspirados en modelos integrales de repartición del riesgo, tales como la seguridad social, los fondos de indemnización y nuevamente los seguros, que no necesariamente es-

tán referidos exclusivamente a esquemas de responsabilidad civil.

Adicionalmente, a los problemas que puede significar la incapacidad o insolvencia económica actual o potencial del sujeto pasivo de la relación obligacional que surge con el daño frente a las posibilidades reales de resarcimiento de las víctimas, se suma otro asunto igualmente relevante: la enorme dificultad para el recaudo de pruebas idóneas para demostrar el actuar indebido del cuerpo médico y las instituciones del sector salud.

En efecto, la carga probatoria exigida a las víctimas, en muchos casos, es casi imposible de cubrir por muchas razones, entre otras, la alta especialidad técnica y científica de los procedimientos médicos y la dificultad para la obtención de peritajes o experticias, carga que en muchos casos derivaría en un vacío de justicia, o incluso en casos de gran dificultad probatoria, como es la demostración de la culpa médica en los eventos de infecciones nosocomiales, donde se puede afirmar que se está desconociendo el derecho al acceso a una justicia efectiva.

A su vez, en Colombia, el Consejo de Estado en sentencia del 22 de marzo de 2001, realizó un interesante recuento de lo que había sido hasta esa fecha la evolución de las cargas probatorias en casos concernientes a los servicios médicos, partiendo de la falla probada del servicio, pasando a la falla presunta del servicio y luego a la aplicación de la carga dinámica de la prueba, para mostrar que con sus variantes,

en definitiva, se presentaba una tendencia a la inversión de la carga de la prueba a favor de las víctimas (Contencioso Administrativo, 22 mar. 2001, R. Hoyos).

En la misma sentencia, dicha Corporación observó que en los casos de responsabilidad médica, no siempre el médico o la institución hospitalaria están en mejor posición para aportar la prueba, por lo que en esas situaciones la teoría de la carga dinámica de la prueba, que asigna la carga a quien está en mejor posición para aportarla, funcionaba mejor dentro del proceso probatorio que la teoría de la falla del servicio presunta. De manera que, con un argumento de equilibrio procesal, anota que la carga dinámica no debe aplicarse de forma general por el juez para establecer la existencia de la falla del servicio bajo el criterio de la culpa médica, sino cuando determine que una parte está en mejor capacidad para probar la presencia o ausencia de esta. (CE, Contencioso Administrativo, 22 mar. 2001, R. Hoyos).

Finalmente, este mismo alto tribunal, en sentencia del 31 de agosto del 2006, se aparta de la jurisprudencia anterior, marcando el decaimiento de la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba en esa jurisdicción y regresando al régimen de falla probada del servicio a partir de ese año. (CE, Contencioso Administrativo, 2006. R. Correa).

Frente a la argumentación del Consejo de Estado en la sentencia acabada de mencionar, en la que rechaza la validez práctica de la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la

prueba, es viable señalar que con la expedición del Código General del Proceso (CGP) esta Corporación debe revisar su planteamiento y, adicionalmente, tomar en consideración las críticas presentadas en una interesante investigación que realizó sobre esta materia Juliana Pérez (2011, pp. 201-225), en donde afirma:

Se considera que es un gran retroceso el haber excluido la carga dinámica de la prueba del marco de regla de prueba, puesto que para los casos específicos de responsabilidad administrativa por la actividad médica estaba determinada su aplicabilidad, lo cual no tomaba de sorpresa a la parte demandada; y sí constituye una grave desventaja para el paciente o su familia, carentes de conocimientos técnicos y científicos para defenderse y probar a cabalidad en el proceso. Con la vigencia de la carga dinámica de la prueba la equidad y facilidad probatoria eran efectivas.

Así las cosas, si bien la prueba indiciaria en muchos procesos es un elemento valioso del acervo probatorio, que puede facilitar el conocimiento de la verdad, se hace necesario reconocer la dificultad probatoria que caracteriza los procesos de responsabilidad médica, luego la prueba indiciaria no puede constituirse en base fundamental de un proceso probatorio y menos de los que presentan una gran complejidad técnica y científica, como son los de responsabilidad médica, por esto igualmente se acoge la posición expuesta por Pérez (2011).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 17 de noviembre 2011, providencia que se examinó en el capítulo precedente, relacionada con un evento de infección nosocomial que llevó a la muerte al paciente, estableció que la carga probatoria está en cabeza del demandante, lo que significa que para esta Corporación no hay ningún criterio que, en materia médica, permita morigerar la rigidez de sus esquemas conceptuales (CSJ Civil, 17 nov. 2011. W. Namén).

Ahora bien, el nuevo CGP presenta una importante innovación al incluir el criterio de la carga dinámica de la prueba en el artículo 167, inciso 2, que aparece como un interesante esquema, considerando las dificultades probatorias de las víctimas en los procesos de responsabilidad médica.

En efecto, aunque el CGP mantiene la regla general consagrada en el artículo 1757 del Código Civil que dispone: “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta”, en seguida morigera la norma general buscando facilitar el proceso probatorio, al señalar que de oficio o a petición de parte, el juez podrá distribuir la carga probatoria, en consideración de quien se encuentre en mejor posición para aportar la prueba, por ejemplo, por su cercanía al material probatorio o por su intervención directa en los hechos. Se podría entonces afirmar que en los procesos de responsabilidad médica, en determinado momento el juez tendría facultad para asignar la carga a los médicos o instituciones de salud, al considerar que estos se encuentran en mejores condiciones para allegarla.

Frente a todo este discorrir sobre la distribución de la carga probatoria en los casos de responsabilidad médica, donde se han hecho evidentes posiciones disímiles entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, así como la enorme dificultad probatoria para las víctimas, aun aplicándose la teoría de la carga dinámica y la necesidad económica de socializar el riesgo de algunos eventos especiales, como en el caso de las infecciones intrahospitalarias, la inclinación a objetivar este tipo de responsabilidad es un criterio que se comparte.

Frente a lo anterior, es importante aclarar que en los eventos de las denominadas infecciones nosocomiales o intrahospitalarias, en estricto sentido no se puede afirmar que haya de por medio un acto médico y tampoco que necesariamente exista un autor del daño, aunque sí es evidente que se trata de un riesgo de la actividad médica.

2. Justificación económica

En principio hay que advertir que en Colombia no se encuentran estadísticas oficiales serias sobre las infecciones intrahospitalarias a nivel nacional ni territorial, y menos estimaciones permanentes de los daños causados por estos eventos dañosos y los costos que ocasionan en el país.

Solo a nivel indicativo podemos tomar lo señalado por el infectólogo y doctor en Salud Pública de la Universidad Nacional de Colombia, Elkin Lemos, al conocer los resultados de su investigación sobre las infecciones nosoco-

miales originadas en la bacteria *Acinetobacter*, microorganismo común en los hospitales y de complicado tratamiento:

Las instituciones de salud gastan anualmente cerca de 727 mil millones de pesos en el tratamiento de pacientes que contraen infecciones intrahospitalarias. Se trata de un problema de salud pública que requiere mayor atención, pues gran parte de las infecciones y las muertes que ocasionan se podrían evitar si hubiera más control y vigilancia epidemiológica en los hospitales del país” (citado en Ávila, 2011, párr. 1).

Igualmente, en una noticia publicada por el diario *El Tiempo* (2012) se dieron a conocer graves alarmas por los eventos médicos adversos, expresadas por varios especialistas durante el “Tercer Simposio Internacional de Seguridad del Paciente – prácticas clínicas sin errores”. Sobre nuestro país surgieron anotaciones como las siguientes:

En Colombia un paciente en cuidados intensivos, con una estancia promedio de 3 días, los costos por atención pueden ascender a los 10 millones de pesos. Por un evento adverso como una infección nosocomial (adquirida en la institución) la estancia puede triplicarse y los costos multiplicarse por 10. (Ávila, 2012, párr. 1).

Y la especialista Dolors Monserrat, funcionaria de la Organización Panamericana de la Salud, presente en el simposio, anotó:

En Latinoamérica las cifras son un poco más altas y citó el estudio IBEAS (prevalencia de eventos adversos en hospitales de Latinoamérica), un proyecto desarrollado en 2007 por Colombia en conjunto con México, Argentina, que encontró que de cada 100 pacientes que ingresan a un hospital, 12 sufren un evento adverso y la mayoría por infecciones nosocomiales, es decir adquiridas en la institución. (Citada en Ávila, 2012, párr. 10).

Monserrat y Mira [José Joaquín Mira, especialista español en seguridad del paciente] coincidieron en que entre el 60 y 70 por ciento de estos eventos pueden evitarse y que las instituciones de salud y los grupos médicos deben sumar esfuerzos para ser mucho más meticulosos para evitarlos, con la implementación de programas, culturas, y protocolos. (Ávila, 2012, párr. 11).

De hecho, la reciente Ley Estatutaria de la Salud (Ley 1751 de 2015) en su artículo 7 establece en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social, la responsabilidad de la evaluación de los indicadores de goce efectivo, con el propósito de implementar y diseñar políticas públicas en el sector que beneficien la calidad de vida de la población, en las que claramente se encontraría el problema que ocupa esta investigación. Por tanto, es a dicho Ministerio a quien corresponde el esfuerzo normativo para establecer indicadores y controles de calidad en el servicio, al igual que las exigen-

cias preventivas a las instituciones médicas y profesionales del sector.

Consecuentemente, a estas últimas obligaría cumplir estrictamente dichas exigencias. En este contexto, es posible afirmar que corresponde a las autoridades, las instituciones y los profesionales de la salud, implementar medidas preventivas que reduzcan la presencia de infecciones nosocomiales y su consecuente costo material y social. La inversión en su control y reducción implica disminuir sustancialmente los enormes costos asociados a la presencia de infecciones intrahospitalarias y, por lo tanto, considerando las características de inevitable pero previsible de estos eventos, se hace indispensable, como apoyo a la gestión, fijar tanto procedimientos de prevención obligatorios, estándares máximos de ocurrencia e incluso una calificación de niveles de riesgo aceptables, como lo anota el jurista español Fernando Mariona (2016) en su artículo “Responsabilidad civil por infecciones nosocomiales y gestión del riesgo”.⁸

En todo caso, la coordinación del seguimiento, vigilancia, control, análisis médico y económico debe centrarse en el Ministerio del ramo a nivel nacional, en coordinación con la Superintendencia Nacional de Salud. Todo esto soportado en la inspección y vigilancia de la aplicación de las normas sectoriales que deben ejercer las Secretarías de Salud a nivel territo-

rial, en atención a lo preceptuado en el artículo 49 de la Carta Política, en lo concerniente al mejoramiento de la atención en salud, cumpliendo con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

B. Propuesta de una figura legal para su implementación en Colombia

Inicialmente, debe reiterarse que la columna vertebral de la responsabilidad médica es el régimen general de responsabilidad subjetiva, con acreditación de la culpa a cargo del demandante. Sin embargo, en presencia de infecciones de carácter nosocomial o intrahospitalario, las instituciones de salud deberán responder por una obligación de seguridad, frente a sus pacientes. En este punto es conveniente introducir la propuesta en la que se busca que la obligación de seguridad no solamente se derive de la responsabilidad contractual, sino que ese régimen de seguridad también se aplique cuando se configure una responsabilidad extracontractual. Con ella se pretende que aunque no haya un acuerdo contractual previo, la víctima de los posibles daños que pueda padecer no esté desprotegida, incluso frente a los daños imprevisibles de la responsabilidad. Sobre este particular es pertinente exponer un avance que se ha presentado en el régimen de protección al consumidor por pro-

8. De todas maneras, el derecho médico debería plantearse un desafío: obtener una declaración de las autoridades públicas competentes acerca de la determinación del nivel de riesgo considerado inaceptable, transformando en obligatorio en cada institución médica la constitución de un comité de control de infecciones, conformado por el recurso humano profesional idóneo.

ductos y servicios defectuosos, en el que la responsabilidad ha trascendido la relación contractual, comprometiendo a personas que no han celebrado ningún tipo de contrato, como sucede con el productor, distribuidor y último adquirente, lo cual se traduce en una responsabilidad constitucional que no es ni contractual ni extracontractual, tal como lo señala Giraldo (2012, p. 15). En estos casos se presenta una responsabilidad objetiva, ya que el consumidor únicamente está obligado a demostrar que el producto o servicio es defectuoso, sin necesidad de un análisis que determine cuáles fueron las causas del defecto en el producto o servicio.

La Corte Constitucional en Sentencia C-1141 del año 2000 estableció la misma importancia con respecto a los servicios defectuosos:

Los defectos de los productos y servicios, no son indiferentes para el consumidor y el usuario, pues las lesiones que generan pueden afectar su vida, su integridad física y su salud. De ahí que el derecho del consumidor reconozca como elemento de su esencia el derecho a obtener de los productores y distribuidores profesionales, el resarcimiento de los daños causados por los defectos de los productos o servicios, con el fin de garantizar su uso seguro. (E. Cifuentes).

Adicionalmente, para que se configure la responsabilidad no se requiere vínculo contractual entre las partes. Siguiendo el anterior modelo, se podría extender esta tesis al análisis de la

responsabilidad derivada de los daños ocasionados por las infecciones intrahospitalarias, creando como consecuencia un tratamiento unificado para la responsabilidad de origen tanto contractual como extracontractual, bajo un régimen de responsabilidad objetiva. En ese entendido, la obligación de seguridad que recae sobre las instituciones médicas debería darse con independencia de que exista un acuerdo contractual previo o no.

En cuanto al vínculo contractual, la Corte Constitucional en la citada sentencia señaló lo siguiente:

La responsabilidad del productor y del distribuidor surge *ex constitutione* y puede por ello ser deducida por el consumidor del producto o el usuario, con independencia de que exista o no un vínculo contractual directo con los primeros. En este sentido, las garantías atinentes a la calidad o idoneidad de los bienes y los servicios, no se ofrecen exclusivamente al primer adquirente; ellas se disponen frente a la categoría de los consumidores y usuarios. (C-1141/2000, E. Cifuentes).

Ahora bien, los presupuestos necesarios para la imputación de esta responsabilidad objetiva imperiosamente cambian de estructura frente a la atribución subjetiva, ya que aquí se debe partir de la demostración de la adquisición por parte del paciente de una infección de carácter nosocomial, seguidamente verificar la existencia del daño producto de la

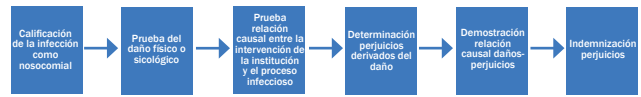
infección, por ejemplo, la pérdida de miembros del cuerpo o incapacidad laboral, daños morales o incluso la muerte. Debe plantearse igualmente la necesidad de verificar una primera relación causal entre intervención de la institución de salud y el proceso infeccioso sufrido por la víctima, y posteriormente probar que el daño sea consecuencia de la infección intrahospitalaria.

Recurriendo a la distinción que no muchas veces la doctrina y la jurisprudencia realizan entre los conceptos de daño y perjuicio, porque suelen generalmente asumirse como sinónimos, en seguida se plantea la segunda relación de causalidad relevante para ser tomada en cuenta en este esquema de objetivación.

Una vez demostrado el daño y que este tiene una relación causal con el proceso infeccioso intrahospitalario, queda por determinar los perjuicios sufridos por las víctimas directas e indirectas. Por ejemplo, de un daño sufrido por la víctima en un miembro del cuerpo, producto del proceso infeccioso, podrían derivarse perjuicios como cierto grado de incapacidad, que debería ser resarcido o indemnizado con una pensión de invalidez, de acuerdo con la disminución de su capacidad laboral.

En la gráfica 1 se muestra el esquema general de objetivación propuesto, en el que se destaca la ausencia de la calificación de la culpa de la institución médica y el inicio con la calificación de la infección nosocomial mediante pruebas.

Gráfica 1. Esquema general de objetivación propuesto



En este esquema, las únicas causales de liberación serían: la presencia de una causa externa en la producción de la infección o la culpa exclusiva de la víctima.

En otras palabras, de acuerdo con la propuesta que aquí se está realizando, para la atribución de la responsabilidad en los eventos de infecciones nosocomiales, la sola demostración de la presencia de una infección calificada como intrahospitalaria, el daño ocasionado y la relación de causalidad entre estos dos elementos, constituyen los presupuestos que validarían la reparación e indemnización de las víctimas, resarcíendola por los perjuicios recibidos por esos daños causados. Como se aprecia, se excluiría la necesidad de la prueba de la culpa médica, admitida como regla general en los procesos de responsabilidad subjetiva.

Considerando el derecho general a la igualdad ordenado por el artículo 13 de nuestra Constitución Política, que indudablemente debe aplicarse a las víctimas de estos eventos y a sus familiares, la propuesta no contempla ninguna distinción derivada de la clasificación de la obligación, esto es, si es contractual o extracontractual, ni la calidad de pública o privada de los agentes dañinos, es decir, por ocurrir la infección en instituciones de salud públicas o privadas.

Adicionalmente, adaptando al caso colombiano lo observado en Francia, debería expedirse una ley que habilite a la Administración para que por decreto fije el umbral de los montos que deberán asumirse para reparar a las víctimas. Por ejemplo, a través de la construcción de un baremo como más adelante se examina, y adicionalmente la creación de una Comisión de Conciliación e Indemnización de Accidentes Médicos, cuerpo que debe quedar responsabilizado de dos tareas fundamentales: i) propender por una conciliación que asegure la reparación de las víctimas y sus familiares, cualquiera que sea la gravedad de los daños ocasionados, y ii) examinar los casos en los que las indemnizaciones establecidas en el decreto que determine el umbral de los montos a cancelar a título de reparación no sean suficientes para resarcir integralmente el daño, y determinar bajo cuál esquema deberá implementarse el pago, es decir, si bajo la cobertura de seguros o de solidaridad nacional.

Lo anterior, considerando que la reparación debe ser integral, teniendo en cuenta lo preceptuado por la Ley 446 de 1998.

C. Propuesta teórica de distribución de la indemnización del riesgo de los daños causados por las infecciones intrahospitalarias

Es evidente que cualquiera que sea la vía de objetivación de la responsabilidad derivada de

los eventos de infecciones nosocomiales —bien a través de desarrollos jurisprudenciales tanto en el contencioso administrativo como en la jurisdicción ordinaria, o en el mejor de los casos la ley, como se propone en el presente trabajo—, es absolutamente necesario que su implementación se acompañe de una estructura de financiación que permita distribuir adecuadamente las cargas y costos de las indemnizaciones. Ello implica analizar la posibilidad de que sea a través de recursos presupuestales, fondos, seguros o una estructura combinada de fuentes de financiación consistente con los recursos que se requieran y con la responsabilidad que deben asumir el Estado, las instituciones y profesionales de la salud, esquemas coherentes y consistentes con las coberturas que se establezcan:

1. Seguros médicos de responsabilidad que cubran daños derivados de eventos de infecciones nosocomiales, exigidos obligatoriamente a las entidades y profesionales de la salud que ejerzan sus actividades en el sector público o privado, cuyos costos y coberturas dependerían de estudios que muestren durante un período histórico demostrativo de la realidad de las actividades médicas, por ejemplo, el tipo y número de actos médicos que se realizan, el comportamiento estadístico de ocurrencia de eventos de infecciones nosocomiales en las distintas actividades, costos derivados de estos eventos, entre otros.
2. Creación de un Fondo de Solidaridad de Cobertura Nacional (FSN),⁹ financiado con

9. Para un sustento constitucional a esta propuesta es importante tomar como fundamento lo previsto en los numerales segundo y noveno del artículo 95 de nuestra Carta Política.

una combinación de recursos, de acuerdo con el resultado de estudios económicos sobre esta materia. Se sugiere evaluar, entre otras, las siguientes fuentes:

- i. Presupuesto nacional.
- ii. Contribuciones cobradas a las instituciones de salud.
- iii. Recursos provenientes de las sanciones que se impongan a entidades y profesionales, por la presencia de infecciones de carácter nosocomial ocasionadas por deficiencias e incumplimiento de normas de asepsia, que deben determinarse expresamente para la práctica médica.

Para la estructuración de las indemnizaciones, en el caso de los daños corporales, se considerará prudente evaluar la necesidad de construir un baremo en el que se detallen y especifiquen distintas posibilidades de incapacidad, considerando su grado o porcentaje y su carácter de temporal o permanente, para facilitar la estimación de los daños y el valor de la indemnización. Una vez se cuente con lo anterior, deberá establecerse qué categoría del daño y qué porcentaje de su indemnización se soportaría con los cubrimientos de seguros o con el FSN.¹⁰

En un artículo del profesor Miquel Martín Calsals (s.f.), se observa que existen diferentes tipos de baremos: de tipo médico para estimar

en porcentajes perjuicios a la integridad física y psíquica; de tipo económico para cuantificar la indemnización por daños causados, a través de la determinación de puntos en función de la importancia del porcentaje de daño psicofísico. En esta clase de baremo se establece una escala de puntos a los que se les asigna un valor económico, delimitándose así tanto la incapacidad de la víctima como el valor de la indemnización, alternativas que podrían examinarse para el caso colombiano.

Igualmente, para los daños extrapatrimoniales puede estudiarse la adopción de esquemas de referencia, como el asumido por el Consejo de Estado colombiano en el documento “Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales”, en el que estableció criterios unificados para la reparación de los llamados perjuicios inmateriales.

Finalmente, la distribución de las cargas de la indemnización, incluyendo los daños patrimoniales, es decir, el daño emergente y el lucro cesante, así como los extrapatrimoniales, daño moral y a la vida de relación, debe estructurarse con base en la realidad socioeconómica del país y los estudios de riesgo que sean pertinentes, incluyendo análisis financieros y económicos de las cargas de las coberturas que se determinen, las que deberán ser revisables

10. Es importante mencionar que el Congreso de la República estudió el Proyecto de Ley No. 122 del 2015, por medio del cual se regulaba la indemnización de los daños a la persona en los procesos de responsabilidad, y que tenía por objeto “implementar un sistema de reparación integral para las afectaciones de tipo patrimonial y extrapatrimonial que sufran las personas naturales sobre su integridad física, psíquica o sobre sus derechos de la personalidad, con el propósito de que accedan a las medidas de indemnización, compensación, rehabilitación, satisfacción, restitución y a las garantías de no repetición que mejor las aproximen al estado en que se encontrarían si el hecho dañoso no hubiese tenido lugar.” El citado Proyecto de Ley No. 122 del 2015, fue archivado por el Congreso de la República.

con base en el comportamiento real de la ocurrencia de los eventos en estudio.

En todo caso, en la presente propuesta la distribución del resarcimiento a las víctimas se situaría, como ocurrió en la práctica en Francia, sobre dos actores fundamentales: las compañías de seguros y el Fondo de Solidaridad Nacional (FSN) que se cree. La distribución de las cargas indemnizatorias dependerá seguramente de los resultados de los estudios que para tal efecto se realicen, y adicionalmente de la capacidad de negociación del Estado frente a la presión que ejerzan el gremio médico y las compañías de seguros, teniendo en cuenta que esta tensión se producirá especialmente por la diferencia en los montos de las erogaciones correspondientes a las indemnizaciones, las que tendrán un mayor valor al aumentar el porcentaje y permanencia de la incapacidad, y serán mayores si el paciente muere. Seguramente, como ocurrió en Francia, las compañías de seguros buscarán que se les asignen los riesgos de menor costo, obviamente con base en el precio de las primas de seguro que de acuerdo con la situación socioeconómica de los participantes se establezca.

IV. CONCLUSIONES

- En efecto, el régimen general de responsabilidad civil médica en Colombia, al igual que en todos los países examinados, es subjetivo y por lo tanto se requiere probar el daño, el hecho dañino, el nexo causal entre

los dos últimos y la culpa, situación que consideramos apropiada para la mayor parte de procesos de responsabilidad que se presentan en la actividad médica.

No obstante lo anterior, en este trabajo se propende por la objetivación de la atribución de la responsabilidad de las instituciones médicas, cuando se presenta un evento de infección calificada como nosocomial, considerando la enorme dificultad que en estos casos significa la comprobación de la culpa en la conducta de los profesionales de la salud e instituciones médicas.

Este problema, en la práctica, salvo en las situaciones en las que la falta médica sea muy evidente y notoria, no se soluciona fácilmente aplicando la teoría de la carga dinámica de la prueba, ni siquiera simplemente invirtiéndola. Entre otras razones, porque quienes están generalmente en la posibilidad de probar la culpa son precisamente los médicos e instituciones de salud sobre quienes recaería la responsabilidad y difícilmente decidirían actuar en su contra o, en una situación más compleja, ni siquiera estos últimos ni los peritos externos independientes estarían en capacidad de demostrar la conducta culposa, presupuesto *sine qua non* de la responsabilidad subjetiva. Lo anterior genera como resultado que, en definitiva, el resarcimiento de las víctimas sea casi imposible de alcanzar, dejando a su suerte a pacientes que fueron dañados por un evento que nada tenía que ver con su propia dolencia.

- La doctrina y la jurisprudencia, en algunos casos de responsabilidad médica, han expresado que la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, al no contener diferencias esenciales, no debe ser determinante para decidir la reparación del daño, por ejemplo, cuando a su juicio se ha utilizado una acción distinta a la que a su entender correspondía, esto es, contractual o extracontractual, porque en definitiva lo que interesa es la comprobación del cumplimiento de los presupuestos que integran la responsabilidad por daños.

Debería considerarse, por tanto, el tratamiento que se le da a la responsabilidad por los daños ocasionados por productos defectuosos, previsto en el régimen de protección al consumidor, que surge con independencia de que exista un vínculo contractual previo o no.

Bajo esta misma óptica, la objetivación de la atribución de la responsabilidad derivada de la ocurrencia de eventos de infecciones nosocomiales debe tener un tratamiento unificado para la responsabilidad tanto de origen contractual como extracontractual.

- Al objetivar la atribución de esta responsabilidad tampoco se justifica una diferenciación entre el tratamiento que se otorgue a la prestación de servicios por parte de instituciones públicas o privadas. Lo anterior, no solamente porque debe cumplirse con el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de nuestra Constitución Política,

sino porque el esquema de objetivación propuesto se concibe para todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud, sin distinguir si la entidad prestadora pertenece al sector público o privado. Adicionalmente, porque es el propio Estado el que vigila la actividad de todas las instituciones y profesionales de la salud, públicas o privadas, y está en la obligación de controlar la calidad integral del servicio.

- De manera paralela con la implementación de la objetivación, el Estado debe establecer políticas de prevención y exigencias mínimas en la prestación de servicios, buscando controlar los indicadores de ocurrencia de infecciones intrahospitalarias y, por ende, disminuir su incidencia en costos humanos y económicos, tema del que debería ocuparse un estudio técnico que examine estos aspectos.

Esta responsabilidad debe estructurarse desde el Ministerio del ramo, con la intervención de la Superintendencia Nacional de Salud y las secretarías de salud territoriales, determinándose claramente un régimen sancionatorio para las situaciones en las que se incumplan las normas de prevención y control que se exijan.

- En el ámbito internacional es interesante la experiencia francesa, país donde se inició jurisprudencialmente la objetivación de la responsabilidad derivada de los eventos de infecciones nosocomiales, y después la ley, a través del Código de Salud Pública, la asu-

mió sin distinción entre entidades públicas o privadas.

Igualmente, en Argentina y en las últimas decisiones del Consejo de Estado colombiano sobre la materia, es clara la decisión de objetivar esta responsabilidad, favoreciendo ante todo la indemnización del daño.

La Corte Suprema de Justicia colombiana, a diferencia del Consejo de Estado, reafirma la aplicación del régimen general de responsabilidad subjetivo con culpa, para los eventos de daños causados por infecciones intrahospitalarias.

- Para objetivar esta atribución de responsabilidad, la legislación parecería ser el mejor camino a seguir, con el propósito de unificar el tratamiento para todos los servicios médicos públicos o privados, sin distinción del origen contractual o extracontractual de la obligación, e implementar una estructura de financiación de carácter general, bien con aseguramiento o mediante un fondo de solidaridad nacional, consistente con los estudios financieros y económicos que requiere un proyecto de este alcance.
- Esta objetivación necesariamente requiere del planteamiento y estudio riguroso de una estructura financiera que la soporte, considerando el establecimiento de umbrales para las indemnizaciones, la construcción de un baremo, y seguramente, como ocurrió en Francia, la creación de institucio-

nes como una Comisión de Conciliación e Indemnización de Accidentes Médicos, que se ocupe de resolver estas situaciones, un Fondo de Solidaridad Nacional y la obligación por parte de las instituciones médicas y los profesionales de la salud de constituir un seguro que cubra estos eventos.

A ciencia cierta, será necesario realizar un riguroso estudio técnico que considere, financiera y económicamente, la mejor distribución que deba hacerse para el cubrimiento de las indemnizaciones entre el Fondo de Solidaridad Nacional que se cree y los seguros obligatorios de responsabilidad, incluyendo los daños patrimoniales y extrapatrimoniales.

Referencias

1. Ávila Reyes, C. (2011). Infecciones intrahospitalarias cuestan 727 mil millones anuales. Recuperado el 4 de marzo de 2016 de UN Periódico: <http://www.unperiodico.unal.edu.co/dper/article/infecciones-intrahospitalarias-cuestan-727-mil-millones-anuales.html>
2. Colombia. *Código Civil*. (2007). Bogotá: Legis Editores S.A.
3. Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2014). Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales. Recuperado el 16 de abril de 2016 de el tiempo: <http://>

- www.eltiempo.com/contenido/politica/ARCHIVO/ARCHIVO-14485135-0.pdf
4. Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 13166 (C. P.: Ricardo Hoyos Duque; marzo 22 de 2001).
 5. Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 16.530 (C. P.: Mauricio Fajardo Gómez; agosto 26 de 2008).
 6. Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B. Expediente 30283 (C. P.: Danilo Rojas Betancourth; agosto 29 de 2013).
 7. Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B. Expediente 28214 (C. P.: Danilo Rojas Betancourth; abril 30 de 2014).
 8. Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 27.089 (C. P.: Hernán Andrade Rincón; junio 11 de 2014).
 9. Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 19.146 (C. P.: Stella Conto Díaz; abril 22 de 2015).
 10. Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 21.774 (C. P.: Stella Conto Díaz; 29 septiembre 2015).
 11. Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1141 de 2000 (M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; agosto 30 de 2000).
 12. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente: 11001-3103-037-2000-67300-01 (M. P.: Eduardo Villamil Portilla; enero 15 de 2008).
 13. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente: 11001-3103-018-1999-00533-01 (M. P.: William Namén Vargas; noviembre 17 de 2011).
 14. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente: 05001-3103-008-1999-00797-01 (M. P.: Ruth Marina Díaz Rueda; diciembre 1 de 2011).
 15. Colombia. Proyecto de Ley No. 122 de 2015. [Congreso de la República de Colombia]. Por medio del cual se regula la indemnización de los daños a la persona en los procesos de responsabilidad. Recuperado el 20 de mayo de 2016 de http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=122&p_consec=43354
 16. El Tiempo. (Marzo 18 de 2012). Aumentan demandas por eventos adversos en atención médica en Colombia. Costos y pérdidas son incalculables y más alto es el

- sufrimiento cuando hay fallas en la atención. Recuperado el 8 de marzo de 2016 de el tiempo: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-11377961>
17. Francia. Código de la Salud Pública. (s. f.). Recuperado el 3 de marzo de 2016 de legifrance https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=47AABE3B63AB7D6CDD8BC699475C2085.tpdila13v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006185260&cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20160303
 18. Francia. Consejo de Estado. (Noviembre 30 de 2004). Jurisprudencia e informes de 2004. Responsabilidad y socialización del riesgo - Informe público 2005. Recuperado el 29 de enero de 2016 de conseil-etat: <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes/Responsabilite-et-socialisation-du-risque-Rapport-public-2005>
 19. Francia. Consejo de Estado. (Enero 5 de 2015). El compromiso de la responsabilidad de los hospitales públicos. Expedientes temáticos del Consejo de Estado. Recuperado el 2 de febrero de 2016 de conseil-etat: <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Dossiers-thematiques/L-engagement-de-la-responsabilite-des-hopitaux-publics>
 20. Giraldo, A. (2012). El Nuevo Estatuto del Consumidor. Recuperado el 23 de abril de 2016 de legis: * http://www.legis.com.co/informacion/aplegis/archivos/NUEVO_ESTATUTO_CONSUMIDOR.pdf
 21. Hugonnet, P. (2000). Infecciones hospitalarias: realidad e impacto. Recuperado el 8 de noviembre de 2015 de Bagó: <http://www.bago.com/bago/bagoarg/biblio/cl-med105web.htm>
 22. Jaramillo, C. I. (2010). *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
 23. Ley Estatutaria 1751 de 2015. [Congreso de la República de Colombia]. Por medio del cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. Febrero 16 de 2015. DO N° 49.427.
 24. López Miró, H. G. (2015). *Causales para demandar por responsabilidad civil médica. Pautas jurisprudenciales mayoritarias*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
 25. López Mesa, M. J. (2013). *Presupuestos de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
 26. Herrera, F. (2008). *Manual de responsabilidad médica*. Bogotá: Editorial Leyer.
 27. Mariona, F. (2016). Responsabilidad civil por infecciones nosocomiales y gestión del riesgo. Recuperado el 8 de marzo de 2016 de peritajedrsuperby: http://www.peritajedrsuperby.es/alejandrosuperby_responsabilidad_civil_infecciones_hospitalarias.htm

28. Martín Casals, M. (s. f.) ¿Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales? Consideraciones generales sobre el Proyecto Busnelli-Lucas. Recuperado el 16 de abril de 2016 de [udg.edu: http://civil.udg.edu/cordoba/pon/martin.htm](http://civil.udg.edu/cordoba/pon/martin.htm)
29. Mazeaud, D. (2003). Le droit français contemporain de l'indemnisation des dommages médicaux. En F. Hinestrosa y J. Adame, *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa. 40 años de Rectoría 1963-2003* (t. II). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
30. Organización Mundial de la Salud, (2003). *Prevención de las infecciones nosocomiales. Guía práctica*, (Segunda Ed.). Recuperado de: http://www.who.int/csr/resources/publications/ES_WHO_CDS_CSR_EPH_2002_12.pdf Consultado el 8 de noviembre de 2015.
31. Organización Panamericana de la Salud. Oficina Regional de la OMS. (2007). *Infecciones hospitalarias legislación en América Latina*. Recuperado el 8 de noviembre de 2015 de [new.paho.org: http://new.paho.org/hq/dmdocuments/2010/Legislacion_Salud_Infecciones_Hospitalarias_AL.pdf](http://new.paho.org/hq/dmdocuments/2010/Legislacion_Salud_Infecciones_Hospitalarias_AL.pdf)
32. Pérez, J. (2011). La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica - decaimiento de su aplicabilidad. *Revista Estudios de Derecho*, 68(152), 201-225. Recuperado el 8 de abril de 2016 de [aprendeenlinea: http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/view/11386](http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/view/11386)
33. Poumarède, M. (2012). *Droit des obligations*. Paris: Montchrestien, Lextenso Éditions.
34. Serrano, L. (2000). *Nuevos conceptos de responsabilidad médica*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
35. Tamayo, J. (1995). *Sobre la prueba de la culpa médica*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.
36. Tamayo, J. (2013a). *Tratado de responsabilidad civil* (t. I). Bogotá: Legis Editores S.A.
37. Tamayo, J. (Octubre 29 de 2013b). Responsabilidad por infecciones intrahospitalarias. Recuperado el 13 de marzo de 2016 de [ambitojuridico: http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Civil-y-Familia/noti-131213-04-responsabilidad-por-infecciones-intrahospitalarias](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Civil-y-Familia/noti-131213-04-responsabilidad-por-infecciones-intrahospitalarias)
38. Urrutia, A., Urrutia, D., Urrutia, C. y Urrutia, G. (1995). *Responsabilidad médico-legal de los obstetras*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca.
39. Vásquez, R. (1995). *Prueba de la culpa médica*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.