

ACCESO GRATIS a la Lectura en la Nube

Para visualizar el libro electrónico en la nube de lectura envíe junto a su nombre y apellidos una fotografía del código de barras situado en la contraportada del libro y otra del ticket de compra a la dirección:

ebooktirant@tirant.com

En un máximo de 72 horas laborables le enviaremos el código de acceso con sus instrucciones.

La visualización del libro en **NUBE DE LECTURA** excluye los usos bibliotecarios y públicos que puedan poner el archivo electrónico a disposición de una comunidad de lectores. Se permite tan solo un uso individual y privado.

**LA RESPONSABILIDAD MÉDICO SANITARIA,
CIVIL Y DEL ESTADO POR DAÑOS
CAUSADOS POR INFECCIONES ASOCIADAS
A LA ATENCIÓN EN SALUD (IAAS)**

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

*Catedrática de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO

*Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN

*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

*Ministro en retiro de la Suprema
Corte de Justicia de la Nación
y miembro de El Colegio Nacional*

MARÍA LUISA CUERDA ARNAU

*Catedrática de Derecho Penal
de la Universidad Jaume I de Castellón*

MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho Procesal de la UNED

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO

*Catedrática de Derecho Civil
de la Pontificia Universidad Católica de Chile*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

*Juez de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos
Investigador del Instituto de Investigaciones
Jurídicas de la UNAM*

OWEN FISS

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho
de la Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Valencia*

LUIS LÓPEZ GUERRA

*Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

*Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA

*Catedrática de Historia del Derecho
de la Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

*Catedrático de Filosofía del Derecho
y Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA

*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER

*Catedrática de Derecho Constitucional
e Internacional en la Universidad de Colonia
(Alemania). Miembro de la Comisión de Venecia*

HÉCTOR OLASOLO ALONSO

*Catedrático de Derecho Internacional
de la Universidad del Rosario (Colombia)
y Presidente del Instituto Ibero-Americano
de La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

CONSUELO RAMÓN CHORNET

*Catedrática de Derecho Internacional
Público y Relaciones Internacionales
de la Universidad de Valencia*

TOMÁS SALA FRANCO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO

*Magistrado de la Sala Primera (Civil)
del Tribunal Supremo de España*

ELISA SPECKMAN GUERRA

*Directora del Instituto de Investigaciones
Históricas de la UNAM*

RUTH ZIMMERLING

*Catedrática de Ciencia Política
de la Universidad de Mainz (Alemania)*

Fueron miembros de este Comité:

Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y Tomás S. Vives Antón

Procedimiento de selección de originales, ver página web:
www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

LA RESPONSABILIDAD MÉDICO SANITARIA, CIVIL Y DEL ESTADO POR DAÑOS CAUSADOS POR INFECCIONES ASOCIADAS A LA ATENCIÓN EN SALUD (IAAS)

LUIS FELIPE GIRALDO GÓMEZ



tirant lo blanc
Bogotá, 2024

Copyright © 2024

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

Giraldo Gómez, Luis Felipe, autor

La responsabilidad médico sanitaria, civil y del Estado por daños causados por infecciones asociadas a la atención en salud (IAS) / Luis Felipe Giraldo Gómez. – Primera edición. – Bogotá: Tirant lo Blanch: Editorial Universidad Icesi, 2024.

322 páginas.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 978-84-1056-776-4

1. Daños y perjuicios. 2. Responsabilidad extracontractual. 3. Atención médica – Aspectos legales. 4. Enfermedades transmisibles.

LC: KHH2210.M43

CDD: 344.0321 ed. 23

Catalogación en publicación de la Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

© Luis Felipe Giraldo Gómez

© EDITORIAL UNIVERSIDAD ICESI
COEDITA: UNIVERSIDAD ICESI
Calle 18 No. 122-135 (Pance), Cali-Colombia
Telf. + 57(602) 5552334
Email: editorial@icesi.edu.co
www.icesi.edu.co/editorial
DOI: <https://doi.org/10.18046/EUI/tirant.2024.1>

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
Calle 11 # 2-16 (Bogotá D.C.)
Telf.: 4660171
Email: tlb@tirant.com
Librería virtual: www.tirant.com/co/
ISBN: 978-84-1056-776-4

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

Índice

SOBRE EL AUTOR	13
ABREVIATURAS	17
INTRODUCCIÓN.....	19

CAPÍTULO PRIMERO

LA NATURALEZA EXTRA CONTRACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA POR LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD	29
1. <i>El servicio público de seguridad social en salud.....</i>	29
1.1. <i>La salud como un derecho humano de carácter fundamental.....</i>	29
1.2. <i>Breve referencia a la evolución del sistema de salud público en Colombia</i>	31
1.3. <i>Las entidades encargadas de garantizar y prestar el servicio público de salud en Colombia y las prestaciones a cargo del sistema</i>	35
1.4. <i>El derecho a la salud en Argentina y las entidades encargadas de garantizar y prestar este servicio.....</i>	37
1.5. <i>Las diferencias más relevantes entre los sistemas de salud de Colombia y Argentina</i>	40
2. <i>La entrada en desuso de la noción de contrato de asistencia médica</i>	41
2.1. <i>¿El acto de afiliación al sistema de seguridad social en salud es un acto libre y voluntario?.....</i>	47
2.2. <i>Las teorías del contrato de adhesión, contrato forzado y contrato social no logran sustentar una naturaleza jurídica contractual del acto de afiliación al sistema público de salud</i>	50
2.2.1. <i>El contrato de adhesión.....</i>	52
2.2.2. <i>El contrato forzado.....</i>	53
2.2.3. <i>El contrato social.....</i>	56
2.3. <i>Los beneficios de superar la noción de contrato de asistencia médica.....</i>	58
3. <i>Las reglas sustanciales de responsabilidad civil aplicables a los casos de daños en la prestación del servicio público de salud</i>	61

<i>3.1. Los diferentes elementos de la responsabilidad civil contractual y extracontractual en Colombia y la prohibición de opción</i>	61
<i>3.2. La naturaleza legal y reglamentaria del acto de afiliación al sistema público de salud.....</i>	64
<i>3.3. La naturaleza extracontractual de la responsabilidad civil por los daños causados con ocasión de la prestación del servicio público de salud.....</i>	66

CAPÍTULO SEGUNDO

LAS INFECCIONES ASOCIADAS A LA ATENCIÓN EN SALUD (IAAS) ...	71
<i>1. El concepto de infección asociada a la atención en salud (IAAS) desde el ámbito de la salud</i>	71
<i>1.1. Los factores y mecanismos de transmisión que facilitan la presentación de una IAAS.....</i>	76
<i>1.2. Medidas estándar para prevenir la ocurrencia de una IAAS.....</i>	78
<i>1.3. El límite científico para controlar los factores de riesgo de aparición de las IAAS.....</i>	80
<i>2. La concepción de las IAAS como un evento adverso</i>	85
<i>2.1. El concepto de evento adverso prevenible y no prevenible</i>	87
<i>3. Las propuestas de aplicación del régimen objetivo de responsabilidad civil extracontractual a los casos de daños por infecciones asociadas a la atención en salud (IAAS).....</i>	89
<i>3.1. En Francia.....</i>	90
<i>3.2. En Argentina</i>	95
<i>3.3. En Colombia</i>	105

CAPÍTULO TERCERO

EL RIESGO COMO ARGUMENTO PARA HACER USO DEL RÉGIMEN OBJETIVO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR LOS DAÑOS CAUSADOS CON OCASIÓN DE LAS INFECCIONES ASOCIADAS A LA ATENCIÓN EN SALUD (IAAS)	113
<i>1. El riesgo y la actividad peligrosa como factor objetivo de atribución de responsabilidad civil extracontractual.....</i>	115
<i>1.1. El concepto de riesgo y de actividad peligrosa en el ordenamiento jurídico colombiano.....</i>	115

1.2. ¿El artículo 2356 del Código Civil colombiano consagra una presunción de culpa, de responsabilidad o la teoría del riesgo?	122
1.3. El concepto de riesgo y de actividad peligrosa en el ordenamiento jurídico argentino	129
1.4. El concepto de riesgo y de actividad peligrosa en otros ordenamientos jurídicos	131
2. La presentación de una infección asociada a la atención en salud (IAAS) y los conceptos de riesgo y actividad peligrosa	137
2.1. Los argumentos para considerar que en las IAAS se presenta la modalidad de riesgo alea	138
2.2. Las IAAS no encajan en el concepto de riesgo alea	143
2.3. Actividad con riesgos no es sinónimo de actividad peligrosa	147
2.4. Las IAAS constituyen un evento de alea terapéutico que no debe dar lugar a reparación a título de responsabilidad civil	153
3. La condición de evento adverso de las IAAS impide hacer uso del régimen objetivo de responsabilidad civil	158
3.1. La contradictoria postura del CE sobre la naturaleza de las IAAS como evento adverso	159
3.2. La naturaleza de la obligación que se considera violada cuando se presenta una IAAS en Colombia	165
3.3. La naturaleza de la obligación que se considera violada cuando se presenta una IAAS en Argentina	172
4. El nexo causal y la causa extraña en la responsabilidad civil por infecciones asociadas a la atención en salud (IAAS)	177
4.1. La obligación legal de acreditar el nexo causal	177
4.2. La función de acreditar el nexo causal	180
4.3. Si se utiliza el factor objetivo riesgo en los casos de IAAS, se atribuye el daño al demandado con base en una causa fáctica pero no jurídica	182
4.4. El carácter prevenible y previsible de las IAAS no les impide ser catalogadas jurídicamente como una causa extraña	189
4.5. La distinción entre infección endógena y exógena no es un argumento válido para definir cuándo procede alegar una causa extraña	194

CAPÍTULO CUARTO

EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD COMO ARGUMENTO PARA HACER USO DEL RÉGIMEN OBJETIVO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR LOS DAÑOS CAUSADOS CON OCASIÓN DE LAS INFECCIONES ASOCIADAS A LA ATENCIÓN EN SALUD (IAAS)	201
1. <i>Las diferentes formas de entender la solidaridad</i>	202
1.1. <i>La solidaridad como una virtud moral</i>	202
1.2. <i>La solidaridad como un principio político jurídico</i>	206
2. <i>La relación entre el principio de solidaridad y la responsabilidad civil</i>	208
2.1. <i>La solidaridad en la Constitución Política de 1991: ¿valor o principio?</i>	208
2.2. <i>Los deberes constitucionales que emanan del principio de solidaridad deben ser claros y estar previamente establecidos por el legislador</i>	214
2.3. <i>Del principio de solidaridad no surge un deber legal de reparar un daño a título de responsabilidad civil</i>	216
2.4. <i>El principio de solidaridad y los diferentes mecanismos de compensación de daños</i>	220
3. <i>El principio de solidaridad y el régimen objetivo responsabilidad civil extracontractual por infecciones asociadas a la atención en salud (IAAS)</i>	226
3.1. <i>El inadecuado recurso de acudir a la solidaridad para justificar el régimen objetivo de responsabilidad civil en los casos de IAAS</i>	227
3.2. <i>El nexo causal es un elemento indiferente en los mecanismos de socialización de daños, pero indispensable en la responsabilidad civil</i>	235
3.3. <i>El principio de solidaridad no es un factor de atribución de la responsabilidad civil extracontractual por daños ocasionados por iaas</i>	240

CAPÍTULO QUINTO

LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA COMO ARGUMENTO PARA HACER USO DEL RÉGIMEN OBJETIVO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR LOS DAÑOS CAUSADOS CON OCASIÓN E LAS INFECCIONES ASOCIADAS A LA ATENCIÓN EN SALUD (IAAS)	249
1. <i>Los argumentos de justicia distributiva utilizados para justificar el uso del riesgo alea en los casos de daños por IAAS</i>	250
2. <i>Las teorías conceptuales de la responsabilidad civil extracontractual</i>	253
2.1. <i>La teoría del análisis económico del derecho (AED)</i>	254

2.1.1. <i>Críticas a la teoría del AED por no abarcar la regla de responsabilidad civil sin culpa</i>	259
2.2. <i>Las teorías morales o de la justicia</i>	263
2.2.1. <i>Críticas a la teoría moral de la justicia correctiva por no abarcar la regla de la responsabilidad civil sin culpa</i>	268
3. <i>La justicia correctiva puede abarcar eventos de responsabilidad civil sin culpa con ayuda de la justicia distributiva</i>	271
3.1. <i>La teoría de los derechos y deberes de indemnidad</i>	273
3.2. <i>La interacción de los principios autónomos de justicia correctiva y distributiva</i> .	278
4. <i>El recurso a la justicia distributiva no es suficiente para sustentar el uso del factor de atribución riesgo alea en los casos de daños por IAAS</i>	284
4.1. <i>Inexistencia de un derecho de indemnidad a no ser dañado en la atención en salud por razón del azar</i>	287
4.2. <i>La tergiversación de las reglas de la responsabilidad civil en los casos de responsabilidad civil objetiva por daños con IAAS</i>	290
CONCLUSIONES	295
FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA	299

Sobre el autor

LUIS FELIPE GIRALDO GÓMEZ

Profesor de tiempo completo de la Escuela de Derecho, Gobierno y Globalización de la Universidad Icesi. Doctor en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica Argentina, Santa María de los Buenos Aires, Argentina. Magíster en Derecho Privado, Persona y Sociedad, con énfasis en Responsabilidad Contractual, Extracontractual, Civil y del Estado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Especialista en Derecho Procesal Civil, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Abogado, Universidad de Caldas, Manizales, Colombia.

Contacto:

lfgiraldo@icesi.edu.co; lfelipegg@hotmail.com.

ORCID: 0000-0001-7868-958X.

*A Dios, por brindarme la oportunidad de transitar este camino,
y a mi esposa, por su compañía, paciencia y apoyo.*

Abreviaturas

AED	Análisis económico del derecho
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
CC	Código Civil
CC y CN	Código Civil y Comercial de la Nación
CP	Consejero ponente
CE	Consejo de estado
Const. Pol.	Constitución Política
C. Ctнал.	Corte Constitucional
CSJ	Corte Suprema de Justicia
CSJSC	Corte Suprema de Justicia Sala Civil
EPS	Entidades promotoras de salud
Inc.	Inciso
IAAS	Infeción asociada a la atención en salud
IPS	Instituciones prestadoras de servicios
Nral.	Numeral
N.º	Número
OS	Obras sociales
OMS	Organización Mundial de la Salud
Par.	Parágrafo
Pág.	Página
PBS	Plan beneficios en salud
POS	Plan obligatorio de salud
PETL	<i>Principles of european tort law</i>
RAM	Resistencia antimicrobiana
SCSC	Sala de consulta y servicio civil
Sentencia C	Sentencia de constitucionalidad
Sentencia T	Sentencia de tutela
Sentencia SU	Sentencia de unificación jurisprudencial

SGSS

Sistema general de seguridad social

SGSSS

Sistema general de seguridad social en salud

Introducción

El derecho a la salud es considerado actualmente un derecho humano de carácter fundamental por estar íntimamente ligado a los derechos a la vida y a la dignidad humana. Cada Estado debe decidir cómo encargarse de la protección de este derecho y determinar la manera cómo ha de llevarse a cabo la prestación de los servicios de salud a los habitantes de su territorio.

En Colombia, se ha presentado una evolución en la cobertura del sistema público de salud, al punto que la mayoría de los eventos de prestación de este servicio, en la actualidad, se presentan dentro del marco del sistema general de seguridad social en salud –en adelante SGSSS– al cual tienen acceso las personas previo un acto de afiliación.

Si bien la prestación del servicio público de salud resulta ser una garantía y un beneficio, lo cierto es que existe la posibilidad de que los usuarios sufran daños con ocasión de su prestación. Uno de los eventos en los que pueden presentarse situaciones negativas para los pacientes con la prestación del servicio de salud es el de las infecciones asociadas a la atención en salud –en adelante IAAS–, concepto que, conforme a la Organización mundial de la salud –en adelante OMS–, reemplaza en la práctica la noción de infección nosocomial o intrahospitalaria¹.

Para comprender lo anterior, habrá de considerarse que se está frente a un evento de IAAS cuando un paciente, luego de ser sujeto pasivo de una atención en salud, resulta con una infección que en principio no padecía. Desde el punto de vista médico, este tipo de infecciones son vistas como eventos adversos, en tanto se producen con ocasión de la atención, pero de forma no intencional; asimismo, son catalogadas como eventos previsibles y, en algunas ocasiones, prevenibles².

¹ Organización Mundial de la Salud, *Definición IAAS*: https://www.who.int/gpsc/country_work/burden_hcai/es/

² Ministerio de Salud y Protección Social y Dirección De Promoción y Prevención (Subdirección De Enfermedades Transmisibles). *Programa de prevención, vigilancia y control de infecciones asociadas a la atención en salud-IAAS y la resistencia antimicrobiana. Ministerio De Salud Y Protección Social, Dirección De Promoción Y Prevención Subdirección De Enfermedades Transmisibles. Colombia. 2018.* <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/PAI/programa-iaas-ram.pdf>

Ante la facilidad de transmisión y el riesgo alto de desarrollo de una infección asociada a la atención en salud, se ha reconocido en la actualidad que estos eventos deben ser tratados como un tema de política de Estado y como un tema de salubridad pública. Lo anterior, en atención a la imposibilidad de erradicarlas en un ciento por ciento, conforme al desarrollo actual de la ciencia médica.

En cuanto a la forma de hacerle frente a los daños que pueden generarse a los pacientes como consecuencia de una IAAS, se ha discutido si deben ser objeto de tratamiento por las reglas de la responsabilidad civil o si resulta mejor acudir al principio de solidaridad a través de las reglas de la seguridad social, o de la asistencia social creando fondos de compensación de riesgos sociales o incluso, a través de los seguros particulares.

En el presente trabajo nos centraremos en analizar la manera como se ha acudido a las reglas de la responsabilidad civil como mecanismo para hacerle frente a los eventos de daños por IAAS; para ello, debe considerarse que por regla general, el nacimiento de obligación de reparar en cabeza de los particulares o del Estado exige la acreditación de unos elementos, entre ellos, el daño, el nexo causal y el factor de atribución de la responsabilidad; estas condiciones no son requeridas en un sistema social de compensación de daños, bien que se trate de la seguridad social, de los fondos de asistencia o de la solidaridad.

De igual forma, resulta de relevancia determinar cómo se brindó la atención en salud que dio origen a los daños por la IAAS: si fue a través del sistema público de salud³ o con ocasión de una atención de prestación de servicios de carácter particular. Establecer lo anterior resulta fundamental en aras de reconocer la diferente naturaleza de la relación que surge entre los pacientes y los médicos y el SGSS. Con mayor razón, si se tiene en cuenta que para la determinación de las reglas sustanciales de responsabilidad civil a aplicar no se muestra indiferente que la atención se haya brindado en cumplimiento de una obligación determinada por un vínculo voluntario entre las partes o que haya sido recibida con ocasión de la existencia de un sistema de salud creado por el Estado.

Lo anterior es significativo para el caso colombiano, en tanto existe una dualidad de regulaciones en la responsabilidad civil que se traduce en una prohibición de elegir de forma arbitraria por cual vía demandar; en consecuencia, decidir en sede judicial un caso de responsabilidad por IAAS a

³ Constitución política de Colombia de 1991. Arts. 48 y 49.

través de las reglas sustanciales incorrectas implica vulnerar el principio de legalidad, el debido proceso y la seguridad jurídica⁴.

En cuanto al régimen aplicable y la naturaleza de las obligaciones que emanan de la atención para los profesionales de la salud, se ha considerado por regla general la aplicación de un régimen subjetivo fundamentado en la culpa; esto va de la mano de la consideración de que las obligaciones que surgen en la prestación de salud generalmente son de medios y no de resultados, pues no resulta correcto concebir a la medicina como una ciencia exacta⁵.

No obstante, el Consejo de Estado –en adelante CE– ha venido variando su postura para trazar una línea jurisprudencial que promueve la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad para ciertos eventos de daños causados con ocasión de la actividad médica; este cambio de visión resulta muy sorprendente, si se tiene en cuenta que ha aceptado la premisa de no considerar a la medicina jurídicamente, como una actividad riesgosa o peligrosa. Pese a ello, admite que algunas situaciones dañinas en la prestación del servicio de salud representan daños antijurídicos susceptibles de ser analizados bajo el factor de atribución de responsabilidad, denominado riesgo excepcional⁶.

Este ha sido el caso de la responsabilidad por IAAS, pues, el alto tribunal considera que, ante el conocimiento de la existencia del riesgo de que se presenten estas infecciones por parte de las instituciones y los profesionales de la salud, estos deben responder bajo la teoría del riesgo excepcional, en su modalidad de riesgo alea.

Entre tanto, la Corte Suprema de Justicia –en adelante CSJ– en su Sala Civil, no ha tenido el mismo criterio; por el contrario, ha sostenido que en este tipo de situaciones se encuentra inmersa una obligación de seguridad de medios, a cargo de las entidades de salud y de los médicos; de tal manera que su deber es cuidar, proteger, custodiar y evitar que el paciente sufra accidentes, pero sin que sea posible exigirles un resultado determinado⁷.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia 10 de marzo de 2020, M. P.: Ariel Salazar Ramírez, exp. SC780-2020.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. Sentencia del 5 de marzo de 1940, M. P.: Liborio Escallón; en el mismo sentido: Sentencia 20 de junio de 2016. M. P.: Fernando Giraldo Gutiérrez, exp. SC 8219-2016.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 24 de marzo de 2011, C. P.: Enrique Gil Botero, exp. 20.836.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia 20 de junio de 2019. M. P.: Margarita Cabello Blanco, exp. SC 2.202.

En el derecho comparado, resalta a primera vista lo ocurrido en Francia, en donde se ha decidido legislar sobre este tema particular, planteando diversas respuestas para enfrentar los eventos de daños por IAAS a través del Código de Sanidad⁸; así, una solución ha sido la de encuadrar algunos eventos desde el ámbito de la responsabilidad civil bajo el régimen subjetivo, otra bajo el régimen objetivo y una tercera ha sido la de acudir al concepto de solidaridad nacional.

Esta variedad de respuestas ha dejado la situación de los daños por IAAS según de Tocornal, en una zona de indefinición entre el derecho de daños y la solidaridad que gobierna la seguridad social y la asistencia social⁹. Lo anterior pone en evidencia la falta de un argumento jurídico claro, susceptible de soportar la postura de ver a estos eventos desde, el ámbito de las reglas bilaterales del derecho de daños, como un típico caso de aplicación del factor objetivo de responsabilidad civil riesgo alea.

Otro ejemplo que resulta relevante es el del ordenamiento argentino, allí, algún sector de la doctrina, entre ellos la autora Celia Weingarten, ha considerado, con base en las normas de protección de derecho del consumidor, la posibilidad de sustentar la responsabilidad de las instituciones médicas en casos de IAAS bajo un régimen objetivo de responsabilidad; en consecuencia, sostiene que no les es posible a los demandados argumentar como causal exonerativa la ocurrencia de un caso fortuito, ni probar la debida diligencia y cuidado¹⁰.

De igual forma, para Marcelo López Mesa, otro autor argentino, la responsabilidad que pueda predicarse de los centros de salud con ocasión de daños a los pacientes por IAAS debe ser de corte objetiva; en su concepto,

⁸ Code de la santé publique. Loi 2002-303 du 4 mars relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Première partie: Protection générale de la santé. Livre Ier: Protection des personnes en matière de santé. Titre IV: Réparation des conséquences des risques sanitaires. Chapitre II: Risques sanitaires résultant du fonctionnement du système de santé. Section 1: Principes généraux. Article L1142-1-1, Modifié par LOI n°2009-526 du 12 mai 2009—Art. 112. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20080314>

⁹ Tocornal Cooper, Josefina, “Responsabilidad civil por infecciones intrahospitalarias”, en *Revista Chilena de Derecho*, Santiago de Chile, vol. 37 N.º 3, 2010, p. 494. <http://revistachilenadederecho.uc.cl/es/numeros-antiores.html>

¹⁰ Weingarten, Celia, “Responsabilidad de los establecimientos asistenciales públicos y Privados, por daños causados por infecciones hospitalarias: la situación en el sistema sanitario argentino”, en *Gaceta Internacional de Ciencias Forenses*, N.º 2, 2012, p. 27. <https://www.uv.es/gicf/>

se trata de un riesgo inherente a la actividad, el cual deberá ser asumido por la institución. Por lo anterior, y muy pesar de lo difícil que pueda ser evitar la concreción de este riesgo, cree que no se podrá alegar, para exonerarse, la presencia de un caso fortuito¹¹.

En la misma línea, sostiene Juan Manuel Prévôt que, si bien en Argentina a los médicos por regla general sólo se les exige cumplir con una obligación de cuidado con el paciente, las obligaciones de seguridad sí podrían predicarse de los actos que son ajenos a la prestación médica principal; en su criterio, las IAAS se encuadran en una violación de una obligación de este tipo, pues se presentan por alguna falla en la esterilización de los materiales, instrumentales o instalaciones para prestar la atención, todo lo cual ocurre antes o después del acto médico¹².

Conforme a lo anterior, no hay duda que en el mundo se viene abriendo paso una tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad civil médica; esta visión tiene como premisa la idea de proteger a los pacientes que han sido víctimas de daños en la prestación de servicios de salud, por considerarlos la parte débil de la relación.

Pese a lo anterior, no resulta claro si la tesis de acudir al régimen objetivo de responsabilidad civil, por riesgo o por violar una obligación de seguridad en los casos de daños por IAAS, encuentra asidero en las reglas actuales de los mecanismos bilaterales de compensación de daños o si, por el contrario, tiene fundamento en principios como la solidaridad y la justicia distributiva, más cercanos a los sistemas de socialización de riesgos.

Bajo este panorama, se justifica la realización de la presente investigación, con el ánimo de analizar si la postura mencionada de usar el régimen objetivo de responsabilidad civil en los caso de daños por IAAS, bien bajo la idea de una obligación de seguridad a cargo de las instituciones de salud o en aplicación de la teoría del riesgo, encuentra una real justificación dentro de las reglas de la responsabilidad civil como mecanismo de compensación bilateral de daños, basado en la justicia correctiva.

Lo anterior, en aras de verificar si con este tipo de prácticas se está incurriendo en una tergiversación de la función de los mecanismos de compensación de daños bilaterales, para forzarlos a cumplir unos objetivos que no

¹¹ López Mesa, J. Marcelo, *La responsabilidad civil médica. Responsabilidad de sanatorios y hospitales en el nuevo código civil y comercial, derecho comparado*, Montevideo, B de F, 2019, p. 526.

¹² Prévôt, Juan Manuel, *La obligación de seguridad*, Bogotá, Temis, 2012, p. 258.

le son propios y que corresponden en mejor medida a otras instituciones jurídicas, como la seguridad social y la asistencia social, fundadas en el principio de solidaridad del Estado.

De esta forma, en este trabajo se analizará si la idea de hacer uso del régimen objetivo de responsabilidad civil en los eventos de daños por IAAS en la prestación del servicio público de salud se nutre de una concepción demasiado abierta del concepto del riesgo, del principio político de la solidaridad y de las ideas de la justicia distributiva; de ser ello así, se intentará demostrar que esta visión se corresponde mejor con un sistema de compensación social de daños y no con un sistema bilateral de compensación, en dónde se requiere de un análisis de la existencia de un derecho y un deber de indemnidad violado en el caso concreto y de la individualización de un autor, con el fin de hacer justicia de partes privilegiando los fundamentos de la justicia correctiva.

Hacemos claridad en que el propósito de este trabajo no será analizar cuál es el mecanismo más idóneo para generar una protección a las personas que padecen de un daño por una IAAS; este texto no pretende responder a esta inquietud o dar elementos de juicio para tomar partido entre un mecanismo de socialización de daños y un mecanismo bilateral de compensación.

La intención de este estudio es analizar si, existiendo un mecanismo bilateral de compensación de daños para hacer justicia de partes en el ordenamiento jurídico colombiano, la práctica jurisprudencial y doctrinal de acudir al factor objetivo de responsabilidad civil por riesgo o a la consideración de la existencia de una obligación de seguridad de resultado para resolver los eventos de daños con IAAS se encuentra justificada dentro de las reglas propias de la institución de la responsabilidad extracontractual civil y del Estado.

De esta manera, se busca determinar si el uso del régimen objetivo de responsabilidad en sede judicial en los casos de daños por IAAS implica una introducción, de forma inadecuada, de concepciones propias de los mecanismos de socialización de daños dentro de la figura de la responsabilidad civil; de ser ello así, se argumentará que esta práctica induce a los jueces a hacer primar, en la resolución del caso concreto, un juicio distributivo con fundamento en un deber de solidaridad, desconociendo los principios de la justicia de partes y violando las reglas propias de la responsabilidad civil.

Una vez trazada la anterior línea, quedan en evidencia las preguntas que van a orientar la presente investigación:

- ¿Los daños causados en la prestación del servicio de salud a través del sistema de seguridad social deben analizarse bajo las reglas de la responsabilidad civil contractual o extracontractual?
- ¿La presentación de una IAAS encaja en alguna modalidad de riesgo que permita hacer uso del régimen objetivo de responsabilidad civil extracontractual?
- Si se presenta una IAAS y se viola la obligación de seguridad, ¿el régimen de responsabilidad aplicable al caso es el subjetivo fundado en la prueba de la culpa?
- ¿El principio de solidaridad puede trastocar los elementos de la responsabilidad civil?
- ¿El nexo causal es un elemento a tener cuenta en los mecanismos de socialización de daños?
- ¿Puede ser considerado el principio de solidaridad un factor de atribución de la responsabilidad civil extracontractual?
- ¿El principio de solidaridad sirve como fundamento o mérito único para distribuir derechos y deberes de indemnidad que permita crear una regla de responsabilidad objetiva en los eventos de daños producidos con ocasión de una infección asociada a la IAAS?
- Según la justicia distributiva, ¿existe un derecho de indemnidad de no sufrir daños con ocasión de la ocurrencia de eventos que dependen del azar o de la propia víctima?
- Una vez repartidos los derechos y deberes de indemnidad, si se transgrede algunos de ellos, ¿la decisión de rectificar la pérdida corresponde a la justicia correctiva o distributiva?

Para lograr los objetivos propuestos, en el presente trabajo se aborda el estudio de figuras jurídicas, para, así, describirlas, comprenderlas y criticarlas, por lo cual, la metodología a utilizar será cualitativa: se acudirá al análisis y la revisión dogmática¹³ y crítica de los antecedentes legislativos, la legislación vigente, la jurisprudencia y la doctrina, principalmente colombiana y argentina. También, se tendrá en cuenta la doctrina y jurisprudencia de otros países, con el fin de llegar a sustentar la hipótesis planteada.

¹³ Courtis, Christian, “El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática”, en *Observar la Ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, Editorial Trotta, 2006, p. 109.

Dada la naturaleza del problema a investigar, este proyecto privilegia un estudio teórico; se propone analizar conceptos, ideas, abstracciones, argumentos, con el objetivo de encontrar las bases teóricas que permitan sustentar las nociones de responsabilidad civil, teoría del riesgo, principio de solidaridad, justicia correctiva, justicia distributiva y responsabilidad por actividades peligrosas aplicadas al campo de actividad médica con ocasión de las IAAS.

En aras de cumplir con los propósitos del presente trabajo, emplearemos el método hermenéutico y de investigación teórica lo cual servirá para llevar a cabo el estudio de las diferentes fuentes documentales. Así mismo, aplicaremos reglas de la interpretación, el análisis crítico, la conceptualización y la comparación.

Las conclusiones a las que se arribe con el presente estudio serán contrastadas con los discursos jurídicos de los fallos de la CSJ, en su Sala Civil, y del CE, en su Sección Tercera, y con la doctrina nacional y extranjera. Todo ello ayudará a verificar si resulta plausible la respuesta dada por los jueces a los eventos de responsabilidad civil por IAAS, de acudir al régimen objetivo de responsabilidad civil por riesgo, o si, por el contrario, se requiere un cambio en la argumentación de las soluciones dadas a estos casos¹⁴.

La recolección de la información para este proyecto provendrá de distintas fuentes. Las principales son la Constitución Política de Colombia de 1991 –en adelante Const. Pol.– y el Código Civil –en adelante CC– y las sentencias de la Corte Constitucional –en adelante C. Ctnal.–, de la CSJSC y del CE, en su Sección Tercera, que se refieran a temas de responsabilidad civil de los particulares y del Estado y, en especial, a temas de responsabilidad en la atención en salud por IAAS. También se tendrán en cuenta las normas del Código Civil y Comercial de la nación Argentina –en adelante CC y CCN– y algunas decisiones jurisprudenciales de aquel país.

Como fuentes secundarias se tomarán textos doctrinales y demás bibliografía relevante para el desarrollo de la investigación, lo cual comprende textos y artículos de autores expertos en responsabilidad civil de los particulares y del Estado en general, específicamente en temas de responsabilidad por la atención en salud.

Los temas serán divididos en capítulos, comenzando, en el capítulo primero, por establecer cuál es el tipo de normas sustanciales de responsabili-

¹⁴ Sarlo, Oscar, “El marco teórico en la investigación dogmática”, en *Observar la Ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, Editorial Trotta, 2006, p. 178.

dad civil –contractuales o extracontractuales– que deben ser el marco para decidir los procesos en dónde se discute la responsabilidad civil por daños en la prestación del servicio público de salud con ocasión de una IAAS.

En el capítulo segundo se abordará el concepto de IAAS, para determinar en qué consisten, cuáles son las causas que las generan, cómo han sido entendidas a nivel global, y si existe alguna medida conforme a la evolución de la ciencia médica actual para evitarlas. Todo ello servirá para comprender el significado de los conceptos de evento adverso no prevenible y alea terapéutica; entendido lo anterior, se podrá verificar si resulta adecuado generar algún tipo de responsabilidad civil por riesgo o por la presunta violación de una obligación de seguridad de resultado cuando se presenta una IAAS.

En el capítulo tercero se hará un análisis crítico jurídico para determinar cuándo se presenta en el ordenamiento jurídico colombiano una responsabilidad civil sin culpa basada en el riesgo o en el ejercicio de una actividad peligrosa y se establecerá si la presentación de una IAAS encaja en alguna de las modalidades de riesgo comúnmente aceptadas para generar la obligación de reparar dentro del régimen objetivo de responsabilidad civil extracontractual. También revisaremos el carácter previsible e inevitable de las IAAS para verificar si su ocurrencia puede dar lugar a la presentación de una causa extraña exonerativa de responsabilidad civil.

En el capítulo cuarto se explorará la relación entre el principio de solidaridad y la responsabilidad civil, empezando por revisar la evolución del concepto de solidaridad y su función en el Estado social de derecho. Este análisis ayudará a reconocer que el principio de solidaridad fundamenta instituciones como la seguridad social y de manera remota, sirve como sustento filosófico de diferentes mecanismos de compensación de daños, entre los cuales está la responsabilidad civil.

En este punto se pondrán de presente las diferencias fundamentales entre los mecanismos de socialización y los mecanismos bilaterales de compensación de daños; en especial, se hará énfasis en el papel que juega el elemento nexo causal en cada uno de estos mecanismos y en la imposibilidad de considerar a la solidaridad como un nuevo factor de atribución de la responsabilidad civil capaz de engendrar la obligación de reparar.

Por último, en el capítulo quinto procederé a estudiar el papel que cumple la justicia correctiva dentro de la explicación de lo que debe entenderse por responsabilidad civil; se hará énfasis en la importancia de este principio de justicia para entender cuándo se presenta en la práctica una interacción injusta que obliga a una persona determinada a tener que rectificar. Resaltaremos, de igual forma, el papel que juega la justicia distri-

butiva en relación con la repartición de los derechos y deberes de indemnidad de las personas, todo ello con el fin de comprender cómo interactúan estos dos principios de justicia dentro de la práctica de la responsabilidad civil, sin abandonar su autonomía.

Se hará hincapié en las limitaciones que tiene el juez al momento de decidir un caso de responsabilidad civil por IAAS de acudir a distributivos *ad hoc* de derechos y deberes de indemnidad, con el fin de soportar la propuesta de aplicación del régimen objetivo de responsabilidad a estos casos. Se demostrará que no existe un derecho de indemnidad de no padecer una IAAS ni una regla de responsabilidad civil extracontractual dentro del régimen subjetivo u objetivo que lo proteja; lo anterior ayudará a entender cuál es la mejor forma de dar aplicación a las reglas de la justicia correctiva, dentro del proceso de responsabilidad civil, por los daños por IAAS.

Una vez abordados cada uno de los capítulos propuestos, se exhibirán las conclusiones de este trabajo, las cuales estarán encaminadas a argumentar que los daños por IAAS deben ser analizados bajo el régimen subjetivo de responsabilidad civil extracontractual; lo anterior, en tanto la obligación que pesa sobre las instituciones médicas encargadas de prestar los servicios de salud respecto a la ocurrencia de una IAAS tiene la naturaleza de ser una obligación de seguridad de medios y no de resultados. En consecuencia, ni el riesgo, ni el principio de solidaridad, ni la justicia distributiva serían argumentos válidos, en sede judicial, para acudir al régimen objetivo de responsabilidad civil en los casos de daños por IAAS.

Las infecciones asociadas a la atención en salud (IAAS) son consideradas un evento adverso, de origen multicausal, que pueden generar daños a los pacientes de forma no intencional; son eventos previsibles y, en ocasiones, prevenibles, aunque el estado actual de la ciencia médica no permite asegurar su erradicación en un ciento por ciento.

Existen diferentes formas de dar respuesta a las víctimas de daños producidos por IAAS. Una de ellas es hacer uso del mecanismo bilateral de compensación de daños, a través la figura de la responsabilidad civil; otra, es acudir a los mecanismos unilaterales de compensación, para hacer efectivo el principio de solidaridad por medio de la seguridad social, de la asistencia social, o los fondos de compensación de riesgos sociales. En el ámbito de la responsabilidad civil, la tendencia de algunos ordenamientos ha sido resolver estos casos dentro del régimen objetivo, bajo la idea de la presencia del factor de atribución riesgo o, por considerar que se ha violado una obligación de seguridad.

Así ha ocurrido en Francia y en Argentina, experiencias que vamos a revisar y contrastar con lo sucedido en el ordenamiento jurídico colombiano, con el fin de hallar elementos que permitan examinar críticamente, si la tesis asumida por el Consejo de Estado colombiano de resolver estos casos bajo el régimen objetivo de responsabilidad, con fundamento en la teoría del riesgo excepcional, en su modalidad de riesgo alea, resulta acertada. Dicha postura será comparada con lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, quién ha trazado una línea de ver en estos eventos la presencia de una obligación de seguridad, pero de medios, la cual se examina dentro del régimen subjetivo de responsabilidad.

Una vez abordados los temas propuestos, vamos a establecer si la utilización del régimen objetivo de responsabilidad en los casos de daños por IAAS, encuentra respaldo en las reglas actuales de la responsabilidad civil de los particulares y del Estado, y se enmarca en los parámetros del principio de justicia correctiva, o, por el contrario, corresponde a una tergiversación de la función de los mecanismos bilaterales de compensación, para forzarlos a cumplir unos objetivos que no le son propios, de tal forma que esta visión, corresponde mejor a la aplicación de otras instituciones jurídicas, como la seguridad social y la asistencia social, fundadas en el principio de solidaridad del Estado y la justicia distributiva.



tirant
lo blanch

Libros de texto para todas las especialidades de Derecho, Criminología, Economía y Sociología.

Una colección clásica en la literatura universitaria. Todos los títulos de la colección **manuales** los encontrará en la página web de Tirant lo Blanch, www.tirant.com/co/



978-84-1056-776-4



9 788410 567764