



**LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD Y SU APLICACIÓN EN MATERIA DE
RESPONSABILIDAD MÉDICA, EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA
DESDE 1999 A 2018**

YVONNE LILIANA VILLARREAL GUIZA

**UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ D.C. - 2020**



**LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD Y SU APLICACIÓN EN MATERIA DE
RESPONSABILIDAD MÉDICA, EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA
DESDE 1999 A 2018**

**TRABAJO DE FIN DE MÁSTER PRESENTADO A LA FACULTAD DE
JURISPRUDENCIA DE LA UNIVERSIDAD DEL ROSARIO PARA OBTENER EL
TÍTULO DE MAGÍSTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

DIRECTOR: DR. HUGO ANDRÉS ARENAS MENDOZA

**UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ D.C. - 2020**

Vo.Bo. Dr. Hugo Andrés Arenas Mendoza

DEDICATORIA

Este trabajo está dedicado a mi familia que siempre ha sido el motor de mi vida, sin embargo, quiero agradecer a mi mamá y a mi papá quienes siempre me impulsaron a no desfallecer en este uno de mis mayores sueños, el cual hoy puedo ver realizado, gracias familia por ser mi mayor motivación y gracias especialmente a mi mami por estar siempre, siempre, quedándote conmigo hasta altas horas acompañándome ...todo esto es por ti y para ti.

Así mismo, quiero agradecer a mis amigos ellos saben quiénes son, que con sus palabras, ayuda y apoyo en muchos momentos difíciles lograron que nunca me rindiera, los quiero...

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I	6
LA RESPONSABILIDAD MÉDICA.....	6
INTRODUCCIÓN	6
1. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO	6
1.1. Noción	7
1.2. Daño antijurídico o lesión	9
1.3. Imputación a la Administración pública.....	13
1.4. Relación de causalidad	14
1.5. Noción de derecho médico.....	16
1.6. Fuentes del derecho médico	17
1.6.1. Fuentes Internacionales	17
1.6.2. Fuentes nacionales	18
1.7. Eximentes de responsabilidad en materia médica	19
1.8. La responsabilidad médica o sanitaria en la pérdida de oportunidad	19
1.9. El nexo causal en la responsabilidad médica o sanitaria.....	24
CAPÍTULO II	28
ASPECTOS GENERALES DE LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD	28
INTRODUCCIÓN	28
1. NOCIÓN ACERCA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD O CHANCE	28
2. DESARROLLO DE LA TEORÍA DE PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN FRANCIA Y OTROS PAÍSES.....	33
3. EL DAÑO EN LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD	37
4. REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD	43
CAPÍTULO III	55
TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD MÉDICA Y SU APLICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SUBSECCIÓN A DEL CONSEJO DE ESTADO	55
INTRODUCCIÓN	55
1.1 Paciente que sufre accidente en motocicleta, fallece al ser diagnosticado con un trauma craneoencefálico leve.	57

1.2	En un accidente laboral, una persona sufre lesión por cuerpo extraño en uno de sus ojos, el cual por falta de diagnóstico oportuno lo pierde.	60
1.3	Muerte de una paciente por falta de atención argumentando la IPS encontrarse en mora en los aportes a salud.....	62
1.4	Paciente es llevado en 3 oportunidades al servicio de urgencias y el mismo día que es hospitalizado fallece.....	64
1.5	Omisión de tratamiento médico oportuno, ocasiona deformidad con limitación funcional permanente en miembro superior izquierdo.....	67
1.6	Deficiente prestación del servicio de salud a un recluso por no brindar el tratamiento requerido.....	70
1.7	Paciente muere posteriormente a ser operado de una peritonitis generalizada secundario a apendicitis supurativa más colecistitis.	72
1.8	Muerte de recluso por choque séptico secundario a pie diabético con sobreinfección.	74
1.9	Muerte de neonatos por falta total de atención del parto.	76
1.10	Ciudadano víctima de un atraco en el que le ocasionan heridas con arma blanca, fallece por demora en la práctica de la laparotomía.	78
1.11	Deficiente prestación de los servicios de salud, debido al plan tortuga en el que se encontraba la institución ocasiona muerte del paciente	81
1.12	Disminución de la capacidad laboral por negación del servicio médico.	84
1.13	Muerte de una bebé recién nacida (embarazo gemelar) y graves afectaciones en la salud de su hermana la cual sobrevivió pese a la falta de prestación oportuna en su atención.....	86
1.14	Omisión de la Institución Prestadora de Servicios de salud – IPS en remitir al paciente a un hospital de mayor nivel para evitar posibles secuelas y deformidad permanente.....	87
1.15	Muerte de paciente por omisión del Instituto de Seguros Sociales apto para trasplante hepático.	90
1.16	Seguro Social se niega a prestar el servicio de salud argumentando la mora en el pago de los aportes a salud por parte de la empresa empleadora EDASABA E.P.S.	91
1.17	Paciente fallece al no practicársele transfusión sanguínea oportuna	94
1.18	Ciudadana termina con parálisis en el miembro inferior derecho, debido a una cirugía de corrección de hernia discal	96
1.19	Muerte de menor en centro hospitalario por paro cardio respiratorio	99
1.20	Paciente fallece a la espera de una cirugía	101
CAPÍTULO IV		103
TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD MÉDICA Y SU APLICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SUBSECCIÓN B DEL CONSEJO DE ESTADO		103

INTRODUCCIÓN	103
1.1 Un ciudadano herido con arma cortopunzante, muere por error en el diagnóstico y prestación deficiente del servicio de salud.	104
1.2 Paciente pierde el habla y movilidad por no informar sobre los riesgos de la intervención quirúrgica a la que iba a ser sometido	106
1.3 Muerte de madre gestante posterior a legrado.	109
1.4 Muerte de paciente por retardo excesivo e injustificado en el diagnóstico y procedimientos indicados por la ciencia médica para confirmar el cuadro clínico descrito por el médico general.....	112
1.5 Mujer fallece de un infarto al miocardio horas después de ser diagnosticada con síndrome vertiginoso.....	113
1.6 Muerte de un menor después de ser intervenido tardíamente por una hemorragia subaracnoidea.....	117
1.7 Ciudadano fallece esperando atención médica oportuna y adecuada	121
CONCLUSIONES	124
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	131
A. LIBROS Y ARTÍCULOS	131
B. JURISPRUDENCIA.....	135

INTRODUCCIÓN

La teoría de la pérdida de la oportunidad o chance¹, se viene aplicando en Colombia a través de la Jurisprudencia del Consejo de Estado para resolver un gran número de situaciones, derivadas de la responsabilidad extracontractual del Estado en materia médica, cuando se trata de casos en los que se sufre el menoscabo de una ventaja esperada o se evita la recuperación de la salud. Lo anterior ocurre, en muchos casos, por el actuar negligente o la omisión del personal médico, asistencial o administrativo; sin embargo, es preciso aclarar que es muy difícil demostrar si esa actuación u omisión tiene incidencia causal entre el resultado final y el actuar del médico.

Por ello, se pretende analizar cuáles han sido los criterios desarrollados por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en materia médica y cuáles han sido los criterios aplicados para determinar si hay lugar a la obligación de indemnizar a la víctima, en las situaciones en que se privó a ésta de obtener una mejora o evitar un daño, es decir, establecer si realmente existió la pérdida de una oportunidad o si solo se trataba de una incertidumbre causal.

Lo anterior conllevó a la formulación del siguiente problema jurídico que permitirá el desarrollo del presente trabajo, el cual se sintetiza en el siguiente interrogante: ¿Los criterios jurisprudenciales establecidos por el Consejo de Estado, garantizan uniformemente los derechos de la víctima, cuando se acude a la aplicación de la pérdida de oportunidad en materia de responsabilidad médica en Colombia?

En este contexto, se hace necesario establecer que la pérdida de oportunidad en términos generales se presenta cuando un sujeto tiene la posibilidad de obtener un beneficio y este no se logra; razón por la que, se desprenden una serie de preguntas y de hipótesis acerca de si ese agente², puede ser el responsable por la

¹ ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. El régimen de responsabilidad objetiva, Editorial Legis, 2013 p. 242.

² Consejo de Estado, Sentencia Exp. (19360), del 08 de junio de 2011, M.P. Hernán Andrade Rincón.

conducta activa u omisiva que desencadenó el hecho que afectó a la víctima, al perder un resultado posiblemente beneficioso. Esto sin desconocer que, aunque el resultado positivo está sujeto al azar y a la incertidumbre el afectado o sus familiares en caso de muerte, deben ser indemnizados por la pérdida de su chance. En este orden de ideas, se evidencia que la teoría de la pérdida de oportunidad y la indemnización de los daños a la persona tiene un efecto concreto en la responsabilidad patrimonial de carácter extracontractual en Colombia, puesto que permite probar la incidencia causal de esa culpa del personal médico.

En este sentido se hace necesario señalar, que este documento se construyó a partir de la promulgación de la Constitución de 1991, teniendo como marco normativo lo señalado en el artículo 90 al introducir la noción de daño antijurídico³ en nuestro ordenamiento.

No obstante, es importante señalar que para establecer las aparentes e irreconciliables diferencias que se han generado por la disparidad de caminos en este ámbito se procede a estudiar la naturaleza y los alcances de la noción de “*pérdida de oportunidad*”, toda vez que el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, no ha sido claro en definir si se trata de un elemento relacionado con el examen de la relación causal o si, en cambio, constituye una modalidad de daño autónomo⁴, siendo esta última la tesis aplicada en los últimos años.

³ ARENAS CAMPOS, Carlos Adolfo; CHARRY URUEÑA, Juan Manuel; BECERRA, Augusto Hernández; LLERAS DE LA FUENTE, Carlos. Interpretación y génesis de la Constitución de Colombia, Departamento de Publicaciones de la Cámara de Comercio de Bogotá, 1993, p. 198.

⁴ “Las aparentemente irreconciliables diferencias a las cuales conduciría la anotada disparidad de enfoques respecto del ámbito en el cual procede estudiar la naturaleza y los alcances de la noción de “pérdida de oportunidad” —esto es, si se trata de un elemento relacionado con el examen de la relación causal o si, en cambio, constituye una modalidad de daño autónoma—, llama la atención que incluso quienes defienden que la operatividad de la figura en comento tiene lugar en el territorio de la causalidad, concluyen que la pérdida de chance da lugar a que se repare un daño que no coincide con la plena ventaja que se esperaba obtener o con el detrimento cuya evitación se pretendía, sino que, por el contrario, la aludida atenuación o facilitación de la prueba del nexo causal da lugar ora a una indemnización siguiendo la regla de la responsabilidad proporcional —lo cual evidencia, en criterio de la Sala, que es la oportunidad perdida el daño que realmente se repara, en proporción al monto de la indemnización que procedería si se dispusiere la reparación con referencia al beneficio perdido.

Ora, sin ambages, a la indemnización de un rubro del daño respecto del cual la relación causal con el hecho dañino sí se encuentra acreditada —la pérdida del chance; (...) si bien es cierto que se insiste en señalar que el examen respecto de la existencia de pérdida de chance u oportunidad comporta un asunto de incertidumbre causal entre el daño y el hecho que lo origina, no es menos verídico que se efectúa igualmente acentuado énfasis en señalar que el daño a reparar por este concepto no es la ventaja esperada —o el detrimento no

Como objetivo general del trabajo, se propuso realizar un estudio comparativo de derecho interno frente a los criterios que en nuestro país han sido utilizados por el Consejo de Estado, para efecto de reparar los daños de manera uniforme causados a la víctima en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de carácter extracontractual, en materia médica, razón por la que se propone el desarrollo de los siguientes objetivos específicos: i) Cuales son los criterios desarrollados por la jurisprudencia en materia de responsabilidad médica; ii) Establecer el contenido y alcance de la teoría de la pérdida de oportunidad y sus particularidades en la responsabilidad médica y por último, iii) En qué medida los criterios de la teoría de pérdida de oportunidad son aplicados por el Consejo de Estado de acuerdo con el análisis de la jurisprudencia, en los casos en los cuales se ha acudido a esta figura en un periodo de veinte años comprendidos entre 1999 a 2018.

Expuesto el problema jurídico y planteados los objetivos de este estudio, debe señalarse que la investigación utilizó una metodología socio-jurídica, que examinó a los autores más importantes que han estudiado la teoría de pérdida de oportunidad y las incidencias que ha tenido ésta en las decisiones empleadas en la jurisprudencia del Consejo de Estado (1999 – 2018) en la Sección Tercera subsecciones A y B, ahora bien, en cuanto a la subsección C, vale la pena indicar que se encontraron dos casos radicados bajo los expedientes 37504 y 25869, mediante los cuales la Sala encontró imputable el daño antijurídico a la entidad demandada toda vez que con la falla en la prestación del servicio de salud se vulneró la oportunidad que el paciente tenía de recuperar su salud, sin embargo, esta subsección acude a lo ya reiterado por la subsección A, y la cita textualmente en materia de pérdida de oportunidad, razón por la que no fue objeto de análisis en esta investigación.

evitado— sino, exclusivamente, la oportunidad o probabilidad perdida, cuyo valor necesariamente ha de ser inferior al del “daño final”; la distinción entre las dos referidas modalidades del daño va a condicionar, entonces, las consecuencias que se anudan a la calificación de la pérdida de oportunidad como un mecanismo de facilitación probatoria en punto de causalidad”.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, 11 de agosto de 2010, Exp. 18593. C.P. Mauricio fajardo Gómez.

se estudia el tratamiento que ha dado a el tema en los últimos veinte años de su aplicación y se hace tan sólo referencia a las sentencias donde el Estado reconoció la pérdida de oportunidad de la víctima en el ámbito médico.

Se debe especificar que, en desarrollo de la presente investigación, se hará uso de un método cualitativo⁵; es decir, a partir de la percepción que la realidad nos ofrece en un proceso inductivo⁶, en el sentido del pasaje de las situaciones particulares a las generales⁷. Puesto que, el método es el instrumento de la actividad científica de que nos servimos para conocer la realidad, éste se encuentra íntimamente vinculado a diversas disciplinas y áreas del conocimiento⁸.

Así las cosas, y con base en lo expuesto líneas atrás, se utilizará una combinación entre estos métodos; lo anterior, se abordará desde una perspectiva dogmática y doctrinal que permitirá identificar los casos en los cuales se ha aplicado la teoría de la pérdida de oportunidad y valorarlos de acuerdo con el resultado de su aplicación en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Las fuentes empleadas serán de carácter bibliográfico, histórico y jurisprudencial, las cuales comprenderán normas jurídicas, factores y elementos que determinen el contenido de su estudio.

En consecuencia, se analizarán cerca de 30 pronunciamientos los cuales dieron origen a la presente investigación, por esta razón se dividieron estos fallos en dos capítulos, en el primero de ellos se analiza la aplicación de la pérdida de oportunidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado por errores en el diagnóstico y en el segundo capítulo se analiza la mencionada teoría cuando se aplica en caso relacionados con la falta de prestación del servicio de salud de manera oportuna o la ausencia de esta, razón por la que el Consejo de Estado ha condenado a los demandados de tal pérdida a pagar una indemnización parcial de acuerdo con el

⁵ MENDICOA, Gloria E. Sobre tesis y tesisistas, Ed. Espacio. Buenos Aires. 2003. p. 73

⁶ Ibidem. p. 81.

⁷ Ibidem. p. 73.

⁸ CERDA GUTIÉRREZ, Hugo. Los elementos de la investigación. Ed. Magisterio. Bogotá, 2011, p. 79.

porcentaje aproximado de posibilidades que tenía el demandante, de obtener el beneficio esperado, o de evitar el perjuicio⁹, entre otros.

A su vez, en estos dos últimos capítulos se evidencia la posición mayoritaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado, cuando mantiene su fundamento en la causalidad probabilística, para la aplicación de la pérdida de oportunidad, la cual afirma en primera instancia que la responsabilidad es proporcional en función de la probabilidad de la causa y como segunda vertiente, señala que la pérdida de oportunidad representa un fundamento de daño autónomo, siendo ésta la posición mayoritaria y cuya reparación se efectúa no en función de la probabilidad de existencia del vínculo de causalidad entre el hecho dañoso y el daño final, sino en función de la frustración de la expectativa legítima teoría relacionada con el daño

Por todo lo enunciado anteriormente, el presente estudio se divide metodológicamente en las siguientes cuatro partes: 1. La responsabilidad médica 2. Aspectos generales de la teoría de pérdida de oportunidad 3. Aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad en materia de responsabilidad médica en la jurisprudencia del Consejo de Estado (2000 – 2018) de la subsección A y 4. Aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad en materia de responsabilidad médica en la jurisprudencia del Consejo de Estado (1999 – 2018) de la subsección B.

⁹ TAMAYO JARAMILLO, Javier. La pérdida de una oportunidad en la responsabilidad médica, un falso problema. Revista de Responsabilidad Civil y del Estado. 2017. No. 40, julio, p. 15.

CAPÍTULO I

LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

INTRODUCCIÓN

En este capítulo aborda el tema de la responsabilidad extracontractual del Estado, derivada de la responsabilidad de los profesionales en la salud que prestan sus servicios en instituciones públicas y cómo con su actuación u omisión, puede ocasionar daños al paciente.

En este sentido se analizará la responsabilidad extracontractual del Estado, distinguiendo para ello sus elementos y presentando una visión analítica a partir de una exposición doctrinal sobre la materia.

De igual manera, se expondrán temas como: noción de responsabilidad patrimonial del Estado y sus elementos, noción de derecho médico y sus fuentes, los eximentes de responsabilidad, la aplicación de la figura de pérdida de oportunidad y su nexo causal en materia médica. Lo anterior, en un aspecto puntual como lo es el de la responsabilidad médica, la prestación de servicios de salud y cómo de su mala praxis se derivan implicaciones jurídicas, las cuales nos llevan a la elaboración de este capítulo.

1. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

La importancia de este tema en desarrollo con la teoría de pérdida de oportunidad tiene que ver principalmente con los elementos esenciales de la responsabilidad patrimonial, toda vez que no se puede abordar dicha teoría sin hacer referente a ellos, pues en virtud de esta relación, se fija la obligación de reparar, exactamente, en materia de responsabilidad patrimonial Extracontractual del Estado.

En palabras de Luis Carlos Plata, la responsabilidad extracontractual proviene de la causación de un daño y de la vulneración del principio “*nemien laedere*” en los encuentros ocasionales que se originan entre las personas que viven en sociedad¹⁰, sin embargo, es preciso señalar que la pérdida de oportunidad ha permeado los tipos de responsabilidad, pues en un comienzo esta doctrina era aplicada en eventos de responsabilidad contractual y en la actualidad es empleada como se puede ver a lo largo de este trabajo en la responsabilidad extracontractual.

1.1. Noción

Siguiendo los lineamientos de la doctrina tradicional, que inspiraron el Código Civil francés, se considera que la responsabilidad civil extracontractual, es la obligación de reparación que nace como consecuencia de todo daño causado en la persona o en los bienes de otro con culpa de su autor, es decir, que la responsabilidad civil extracontractual es considerada como una consecuencia de la violación del deber genérico de no dañar.¹¹

En palabras del tratadista francés Domat: *“Todas las pérdidas y todos los daños que pueden ocurrir por el hecho de una persona, sea imprudencia, ligereza, ignorancia de lo que debe hacer u otras culpas semejantes deben ser reparadas por aquel que ha dado lugar a ellas por imprudencia u otra culpa”*¹²

Es por ello, que Luis Guillermo Serrano no se equivoca al señalar que una declaración judicial supone que se valore la conducta como ilícita, y se condene a reparar el daño causado, que implica que la víctima del daño acuda a la administración de justicia en procura, no que se castigue al autor del perjuicio, sino

¹⁰ Ver PLATA PRINCE, Luis Carlos. La pérdida de oportunidad en el derecho de daños. Ed. Ibáñez, Bogotá D.C., 2019, p. 88.

¹¹ SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. Nuevos conceptos de responsabilidad médica. Editorial Doctrina y ley LTDA. Bogotá D.C., 2000, p. 35.

¹² Ibidem.

que se lo declare responsable de dicho perjuicio, y como consecuencia se le condene a repararlo¹³.

Ahora bien, la legislación colombiana, bajo la redacción del artículo 90 de la Constitución de Colombia, se ha orientado a sostener lo siguiente que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este.

Es decir que, de acuerdo con lo señalado por Diego Younes, este es un principio jurídico del derecho moderno que quien ocasione daño a una persona o a sus bienes debe indemnizar. Este es un principio que impera actualmente tanto en el derecho privado como en el derecho público¹⁴.

En muestra de ello, Diego Younes hace referencia que para que surja la obligación de reparar el daño por la administración, se requiere que este haya actuado mediante actos, hechos, operaciones, vías de hecho, o haya incurrido en omisiones¹⁵.

Por su parte, Jaime Santofimio al hablar de la estructura de la responsabilidad del Estado a la luz del mencionado artículo, refiere que la cláusula constitucional de la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico producido u ocasionado a un administrado, y la imputación de este a la administración pública, tanto por la acción, como por la omisión propiamente dicha o inactividad de un deber normativo¹⁶.

¹³ Ibidem.

¹⁴ YOUNES MORENO Diego. Curso de derecho administrativo. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2016, p. 321.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ MERKI, Adolf. Teoría del derecho administrativo. Editorial Edinal. México, 1975, p. 212 y 213: "Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que puede ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta

1.2. Daño antijurídico o lesión

Para el profesor De Cupis, el daño no significa más que nocimiento o perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable¹⁷, así mismo, para el tratadista Fernando Hinestrosa, el “*daño es lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que la acongoja*”¹⁸. A su vez, para Javier Tamayo, el “*daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial*”¹⁹.

En palabras de Juan Carlos Henao, el daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil, estudiarlo en primer término es dar prevalencia a lo esencial en la figura de la responsabilidad²⁰. Es por eso necesario determinar que para que exista responsabilidad estatal, se debe contar con la presencia de un daño o lesión, lo anterior para establecer el si hay lugar a una reparación esto en el caso de demostrarse su existencia²¹.

Para Karl Larenz, el daño significa una alteración desfavorable de las circunstancias que a consecuencia de un hecho determinado se producen contra la voluntad de una persona y afecta los bienes jurídicos que le pertenecen (personalidad, libertad, honor, patrimonio)²².

esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado”.

¹⁷ DE CUPIS, Adriano. El daño. Teoría general de la responsabilidad civil, Editorial Bosch, Barcelona, 1970, p. 84.

¹⁸ HINESTROSA, Fernando. Derecho de obligaciones. Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1967, p. 529.

¹⁹ TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la responsabilidad civil. Editorial Temis, Bogotá, 1986, p. 5.

²⁰ HENAO, Juan Carlos. El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 15.

²¹ “Habiéndose de decidir si un demandado está o no en la obligación de reparar, resarcir, indemnizar, es elemental y primordial establecer qué es lo que habría de ser reparado, resarcido, indemnizado, en otras palabras, si efectivamente hay daño”. Hinestrosa Fernando, “Prólogo”, en Juan Carlos Henao, El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 15.

²² SANTOS BRIZ, Jaime. Responsabilidad Civil, derecho sustantivo y procesal. Madrid, Ed. Montecorvo. 1986. p. 137.

A continuación, se extraen algunas enunciaciones de la noción de daño para otros autores:

“El daño es la diferencia perjudicial para la víctima, entre su situación antes de sufrir el hecho ilícito y después del mismo²³”.

“El daño es la lesión de un interés jurídicamente tutelado, como resultado de una actuación humana contraria a derecho²⁴.”

“La expresión daño significa todo detrimento, menoscabo o perjuicio que ha consecuencia de un determinado acontecimiento experimenta una persona en sus bienes espirituales o patrimoniales²⁵”.

“El daño es todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y del cual haya de responder otra²⁶”.

“Daño no significa más que nocimiento o perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable²⁷.”

“Toda desventaja que experimentamos en nuestros bienes jurídicos (patrimonio, cuerpo, vida, salud, honor, crédito, bienestar, capacidad de admisión, etc.²⁸”

“Daño es el menoscabo que una determinada persona sufre en sus bienes vitales o en su patrimonio²⁹”

Ahora bien, para efectos de este escrito y como ya se explicó líneas atrás, el daño antijurídico se encuentra consagrado en el artículo 90 de nuestra Carta Magna, siendo esta la manera en la que se introduce en el ordenamiento jurídico en

²³ PEIRANO FACIO, Jorge. Responsabilidad extracontractual. Editorial Temis. Bogotá, 1981. p. 361.

²⁴ NAVIA ARROYO, Felipe. Estudio sobre el daño moral. Bogotá: Elocuencia. 1978. p. 21.

²⁵ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Responsabilidad Contractual de la Administración Pública. Bogotá, Legis. 2003. p. 166.

²⁶ SANTOS BRIZ, Jaime. Responsabilidad Civil, derecho sustantivo y procesal. Madrid, Ed. Montecorvo. 1986. p. 135.

²⁷ DE CUPIS, Adriano. El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Madrid: Bosch. 1975. p. 81

²⁸ SINTES, Jorge. Diccionario de frases célebres, Barcelona. 1963. p. 264

²⁹ LARENZ, Kart. Derecho de Obligaciones Tomo I. Editorial revista de derecho privado. Madrid, 1958. p. 215.

Colombia, es decir, que, con lo aquí señalado, se evidencia que *“las acciones estatales pueden originar responsabilidad pública, cuando se causan daños tanto a derechos subjetivos como a intereses legítimos de los particulares”*³⁰.

En cuanto al enfoque del daño, según De Cupis este posee dos elementos estructurales, los cuales son:

“Uno – El elemento material o sustancial, que representa el núcleo interior y que consiste en el hecho físico (hecho considerado tanto en su creación, en su actuación – aspecto dinámico – como en su subsistencia – aspecto estático.

*Dos – El elemento formal, que proviene de la norma jurídica*³¹”.

Vale la pena anotar entonces que, para lograr aproximarse a la noción de daño antijurídico vigente que de acuerdo con la jurisprudencia puede ser de dos clases: de una parte, el daño material, conformado por el daño emergente y el lucro cesante y, de otra parte, el daño inmaterial, integrado por el daño moral, el daño a la salud y el daño a los bienes o derechos constitucionales y convencionales, de acuerdo con la unificación jurisprudencial más reciente³².

El daño material es aquel que atenta contra bienes o intereses de la naturaleza económica, es decir que produce perjuicios cuantificables en dinero³³. Dentro de este concepto, el daño emergente es aquel que se produce *“cuando un bien económico (dinero, cosas, servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima; por el contrario, hay lucro cesante cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima”*³⁴.

³⁰ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. Responsabilidad y procedimiento: Las dilaciones indebidas procedimentales. Editorial Tatio Legis. Salamanca, 2013. p.339.

³¹ DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 81.

³² RODRIGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho administrativo general y colombiano, Tomo II. Editorial Temis. Bogotá, 2017. p. 310.

³³ HENAO, Juan Carlos. El daño. op. cit., p. 195 y 281.

³⁴ TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la responsabilidad civil Tomo IV. “De los perjuicios y su indemnización. Editorial Temis, Bogotá, 1999, p.136.

En cuanto a los daños inmateriales, se encuentra el daño moral que corresponde al dolor, la congoja, el sufrimiento o la tristeza producidos por la actuación que da lugar a la responsabilidad, los cuales son compensables con una suma de dinero o mediante otra forma determinada por el juez³⁵.

Así mismo, se encuentra también, el “*daño a la salud*”, concepto importantísimo para el tema que se desarrolla en este capítulo, pues es aquel que se reconoce como producto de la evolución jurisprudencial, esto es, el perjuicio fisiológico³⁶, pues como lo ha señalado la jurisprudencia en materia administrativa, corresponde a aquel proveniente de una lesión a la integridad física o psíquica de la persona y desplaza a otras categorías de daño inmaterial que reconoció en el pasado la jurisprudencia, como el daño a la vida de relación y la alteración grave a las condiciones de existencia. El daño a la salud se refiere, entonces, a una afectación negativa al estado de salud de una persona, de tal manera que comprende otros daños reconocidos como el estético, el sexual y el psicológico, entre otros³⁷.

Por último, el “*daño a bienes o derechos constitucionales y convencionales*”, corresponde a la vulneración o afectación relevante a bienes o derechos protegidos por la Constitución Política o por instrumentos internacionales de derecho público, pero con carácter residual, en el sentido de que cobija todos los perjuicios inmateriales que no sean resarcidos por el daño moral ni por el daño a la salud como sería el caso de la violación de los derechos a la vida o a la libertad personal que son protegidos por instrumentos internacionales³⁸.

³⁵ HENAO Juan Carlos. El daño. op. cit., p. 230.

³⁶ TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la responsabilidad civil Tomo IV. “De los perjuicios y su indemnización. Editorial Temis, Bogotá, 1999, p.166.

³⁷ GIL BOTERO, Enrique. La responsabilidad extracontractual del Estado. Bogotá D.C., Ed. Temis, Bogotá, 2013, p. 295.

³⁸ RODRIGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho administrativo general y colombiano, Tomo II. Editorial Temis. Bogotá, 2017.p. 311-312.

Para que haya lugar a una lesión indemnizable, es preciso señalar que existe cierta unanimidad, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, sobre las características que debe presentar el daño, las cuales deben ser: cierta, personal e injusta. Sin embargo, se debe tener siempre presente, siguiendo al profesor argentino Carlos Ghersi, que la noción de daño también puede contener elementos extrajurídicos³⁹, como se cita a continuación:

"[...] la categoría del daño reparable es mucho más que decir simplemente que el daño debe ser cierto, personal y lesionar a un interés legítimo; que es, y así debe demostrárselo, el camino de los sucesos sociales históricos de la humanidad; que está ligado con lo ético, económico, justo, sociológico, etc., y en manera alguna es una mera abstracción dogmática del derecho, en donde el Estado desempeña un rol trascendental"⁴⁰.

Es por esto, que con lo descrito anteriormente, se consolidan los siguientes elementos: *i) certeza o efectividad del daño antijurídico, ii) lesión personal o individualizada en relación con una persona o grupo de personas y por último la iii) lesión antijurídica⁴¹.*

1.3. Imputación a la Administración pública

Para aproximarse a la definición de la imputación el profesor García Enterría señala que la imputación es un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un daño, con base en la relación existente entre aquel y este⁴².

Así mismo, Hugo Arenas Mendoza, hace una definición muy interesante respecto de la imputación como una atribución jurídica de un daño, causado con

³⁹ GHERSI, Carlos Alberto. Teoría de la reparación de daños. Buenos Aires- Bogotá, Astrea y Universidad del Rosario, 2013, p. 75.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. Responsabilidad Objetiva. Editorial Legis 2017, p. 137.

⁴² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de derecho administrativo Tomo II, Pamplona. Editorial Civitas, 2006, p. 390. Cita tomada de ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. Responsabilidad objetiva, Ed. Legis 2017, p. 137.

culpa o sin culpa, a un agente estatal o un particular que realiza función administrativa⁴³.

Esto es, que la imputación se genera como parte de la responsabilidad bajo el entendido que ésta deviene del sujeto que genera el daño, ya sea por su acción u omisión, es por ello, que la imputación debe estudiarse desde sus elementos estructurales, el daño, la causalidad e imputación y ubicar con ello la pérdida de oportunidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado y la importancia del nexo causal para la cuantificación del daño, frente a lo cual gran parte de la doctrina actual ha subestimado esta perspectiva.⁴⁴

1.4. Relación de causalidad

El último de los elementos para que se produzca la responsabilidad de la administración pública es la relación de causalidad⁴⁵ entre la lesión y la imputación, es decir, se pide que el daño se produzca como consecuencia o resultado de la acción u omisión del Estado⁴⁶. Es una relación causa-efecto, que busca responder a preguntas como: ¿de no haber sido por? o ¿de no haber mediado?⁴⁷.

⁴³ ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. Responsabilidad Objetiva, Ed. Legis 2017, p. y ss.

⁴⁴ VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio. Responsabilidad Civil y Extracontractual. Editorial Temis – Universidad de la Sabana, ISBN: 9789583509476, 2013 y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina. Responsabilidad Civil Extracontractual, Bogotá D.C., Editorial Temis, 2003.

⁴⁵ “Un elemento fundamental de la responsabilidad civil está constituido por la relación, nexo, unión, vínculo, conexión, enlace, ligazón o lazo etiológico, causal o de causalidad entre la conducta del sujeto agente y la lesión del sujeto paciente; requisito al que se alude cuando se dice que un sujeto causa, origina, produce, ocasiona, provoca, genera, propicia o gesta un perjuicio; o que el daño es efecto, rastra secuencia, producto, resultado o derivación de la conducta de otro”, MEDINA ALCOZ, Luis. La teoría de la pérdida de la oportunidad: Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daño público y privado. Editorial Arazandi, Pamplona, 2007, p. 243, Cita tomada de ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. Responsabilidad subjetiva. Ed. Legis 2017, p. 326.

⁴⁶ “La relación de los textos legales demuestran la necesidad de que quede establecida la existencia de un nexo causal que una el daño sufrido por la víctima a un hecho imputable al demandado”. RAMOS ACEVEDO, Jairo. Fundamentos de la responsabilidad extracontractual administrativo de la administración pública. Editorial Leyer, Bogotá, 2004, p. 82. Cita tomada de ARENAS MENDOZA, Hugo Arena, Responsabilidad subjetiva, Ed. Legis 2017, p. 327.

⁴⁷ ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. Responsabilidad subjetiva. Ed. Legis 2017, p. 328.

En palabras de Libardo Rodríguez para que exista relación de causalidad, el hecho o actuación debe ser actual o próximo, debe ser determinante del daño y debe ser apto o idóneo para causar dicho daño⁴⁸.

Ahora bien, para Adriano de Cupis, el contenido jurídico del daño está, ante todo en función de la relación de causalidad entre el hecho productor del daño y el daño, es decir, que para fijar el montante del daño que debe reprimirse jurídicamente, se requiere, en primer lugar, establecer los límites dentro de los que el daño pueda considerarse causado por un hecho humano provisto de los atributos exigidos por la ley con fines de responsabilidad⁴⁹.

En materia civil el derecho colombiano, siguiendo la doctrina extranjera, se ha tratado de establecer una tipología del perjuicio, *“optando por la clásica división de los daños o summa divisio⁵⁰ en dos grupos que son: daño material y daño inmaterial (o no material). Esta clasificación es una división mucho más adecuada que la efectuada entre daños patrimoniales y extrapatrimoniales⁵¹, la cual ha sido muy criticada por algunos autores.*

Es por eso que, el daño en Colombia de acuerdo con la jurisprudencia⁵² ha adoptado una clasificación en dos tipos de lesiones diferentes, que son: daño material y daño inmaterial⁵³. Sin embargo, se debe tener siempre presente que

⁴⁸ RODRIGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho administrativo general y colombiano, Tomo II. Editorial Temis. Bogotá, 2017. p. 533. Cita tomada de ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. Responsabilidad subjetiva. Ed. Legis 2017, p. 329.

⁴⁹ DE CUPIS, Adriano. El daño, Teoría general de la responsabilidad civil. Editorial Bosh, 1970, p. 246.

⁵⁰ “De acuerdo con esta presentación doctrinal, la distinción entre perjuicios materiales y perjuicios morales, entre perjuicio no pecuniario y perjuicio pecuniario, entre perjuicio extrapatrimonial y perjuicio patrimonial, etc., se convierte en la summa divisio de la tipología del perjuicio”. Henao, Juan Carlos, “De las distintas formas de concebir la tipología de los perjuicios”, p. 149.

⁵¹ HENAO, Juan Carlos. El daño, op.cit., p.193

⁵² “Además debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con la evolución de la jurisprudencia, el daño puede ser de tres clases: daño material, conformado por el daño emergente y el lucro cesante daño moral y daño fisiológico o la vida en relación”. Rodríguez Rodríguez, Libardo. Derecho administrativo general y colombiano, p.531.

⁵³ “Hay, de un lado, los detrimentos o menoscabo que afectan a los bienes que integran el patrimonio económico de la persona, y, de otro, los que afectan a los bienes de la personalidad, que componen su patrimonio personal, dentro del cual hay que distinguir el patrimonio biológico o fisiológico (constituido por la vida y la integridad psicofísica) y el patrimonio moral o espiritual de la persona (conformado por los bienes extracorporales de la personalidad enunciados mediante un elenco abierto en creciente progresión)”. Medina Alcoz, Luis, La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. (II)”, p. 75.

cualquiera que sea el criterio que se atribuya, la misma persona u objeto puede sufrir simultáneamente varios tipos de daños⁵⁴.

En este orden de ideas, señala que el área de los daños a la persona comprende no solo los daños a la integridad psicofísica, sino también los daños morales, los daños por lesión a otros derechos fundamentales -como el derecho al nombre, al desarrollo de la personalidad, y otros más-, así como toda una serie de daños que, con nomenclatura diferente, se encuentran en cada ordenamiento, y que pretenden reparar las lesiones a esa esfera vital del individuo que constituye lo que no es cuerpo ni sufrimiento (es decir lo que no es ni daño corporal ni daño moral), como el daño de agrado, el daño a las condiciones de la existencia, el daño hedonístico, el daño existencial, entre otros⁵⁵.

1.5. Noción de derecho médico

Para Wilson Ruíz Orejuela, el derecho médico se entiende como la regulación jurídica de actos, procesos, condiciones y elementos que inciden o pueden tener trascendencia en la protección del derecho a la vida y a la salud entre otros derechos fundamentales, así sea por conexión⁵⁶.

⁵⁴ "Igualmente debe tenerse presente, cualquiera que sea el criterio que se adopte para la división entre daños patrimoniales y morales, que daños de ambas categorías pueden verificarse conjuntamente en relación con el menoscabo de un mismo objeto del mundo exterior; en cuanto a este puede ser susceptible de satisfacer al propio intereses patrimoniales y morales [...]". Ramos Acevedo, Jairo, p. 41.

⁵⁵ "(...) El área de los daños a la persona, de los que se ocupa, o de los que se podría ocupar, la responsabilidad civil, comprende no solo los daños a la integridad psicofísica, sino también los daños morales, los daños por lesión a otros derechos fundamentales (como el derecho al nombre, al desarrollo de la personalidad, y otros más, de los que es necesario definir aun si deben ser cubiertos por los mecanismos que ofrece la responsabilidad civil), a más de toda una serie de daños que, con nomenclatura diferente, se encuentran en cada ordenamiento, y que pretenden reparar las lesiones a esa esfera vital del individuo que constituye lo que no es cuerpo ni sufrimiento (es decir lo que no es ni daño corporal ni daño moral), como el daño de agrado, el daño a las condiciones de la existencia, el daño hedonístico, el daño existencial, entre otros; todos estos tipos de daño, corporales, morales, a los derechos inviolables, existenciales, son los que comprenden el ámbito de operatividad de la responsabilidad civil. La aparición de la figura del daño a la salud, como una categoría fuerte y hoy consolidada en el derecho comparado, hace que ella, por el carácter principal del bien salud que protege y por su atinencia directa con el principio fundamental de la dignidad humana, se convierta en el centro de confluencia o en el eje para el estudio de todos los daños que puedan afectar a la persona, de tal forma que el radio de acción de la responsabilidad civil bajo este aspecto, gira en torno al daño a la salud, que constituye así el punto de partida para la sistematización de la materia". CORTÉS, Edgar. Responsabilidad Civil y daños a la persona – El daño a la salud en la experiencia italiana ¿un modelo para América Latina? op. cit., pp. 139-140.

⁵⁶ RUÍZ OREJUELA, Wilson. Responsabilidad médica estatal. Editorial Ecoe Ediciones, Bogotá, 2006, p.1.

Al respecto, el profesor Rospigliosi sostuvo en su momento que el derecho médico es una nueva forma de estudiar jurídicamente las consecuencias del desarrollo, aplicación y práctica de las ciencias de la salud en el ser humano. Esta rama como lo señala el autor viene enraizando sus conceptos cada vez más dentro del mundo del derecho, es por ello, que surge de esto necesariamente una alianza jurídico institucional moderna entre la medicina y el derecho, la cual se hace cada vez más sólida, debido a que comparten una misma esencia, el bienestar de la vida humana, de allí que estas dos disciplinas técnicamente distintas, pero dogmáticamente similares hayan encontrado un punto estructural de coincidencia presentándose como un tipo natural⁵⁷.

1.6. Fuentes del derecho médico

Según lo expresado por Yepes Restrepo, existen una serie de fuentes normativas del derecho médico que son de esencial importancia en la interpretación y decisión de los problemas que se presentan en esta área del derecho, los cuales se dividen en *i) fuentes internacionales* y *ii) fuentes nacionales*.⁵⁸

1.6.1. Fuentes Internacionales

Las siguientes son las fuentes internacionales: “*El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue ratificado por Colombia*⁵⁹, *así mismo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos*⁶⁰ *consagro derechos a la vida, la libertad y la salud y posteriormente se han dictado una serie de declaraciones*⁶¹ *y convenios internacionales, que sirven, por su parte, como fuente interpretativa, como la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*⁶², *la Convención para*

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ YEPES RESTREPO, Sergio. “La responsabilidad civil médica”. Editorial Dike. 2016, p. 18.

⁵⁹ El pacto fue aprobado el 16 de diciembre de 1966 y fue adoptado y ratificado mediante la Ley 74 de 1968.

⁶⁰ La declaración fue aprobada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948.

⁶¹ La Declaración de las Naciones Unidas de 10 de noviembre de 1995, señala que todos los Estados deben tomar medidas eficaces, incluyendo medidas legislativas, con el fin de impedir y prohibir que los descubrimientos de la ciencia y de la técnica sean utilizados en detrimento de los derechos y libertades fundamentales del hombre, así como de la dignidad de la persona.

⁶² Aprobada por la UNESCO el 19 de octubre del 2005. Desde el 31 de octubre de 1947, Colombia hace parte de la UNESCO.

*la Protección de los Derechos del Hombre y de la Dignidad del Ser Humano frente a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina*⁶³, *la Declaración sobre la Promoción de los Derechos de los Pacientes*⁶⁴ y *las declaraciones de la Organización Mundial de la Salud*⁶⁵.

1.6.2. Fuentes nacionales

En este aspecto, la Constitución Política de Colombia de 1991, señala un reconocimiento de personalidad jurídica, la intimidad, la libertad de conciencia, la protección de la mujer, el niño y el adulto mayor, así como de los débiles físicos y psíquicos, regula el derecho al saneamiento ambiental y a la seguridad social. Existen códigos, leyes en materia de derecho de personas y de filiación, tipos penales que tutelan bienes jurídicos relacionados con la salud, la integridad y la intimidad, normas administrativas relacionadas con el Sistema General de Seguridad Social en Salud, Pensiones y Riesgos Laborales, así como leyes que regulan la materia como lo es la Ley 23 de 1981 *“Por la cual se dictan normas en materia de ética médica”*.

Así mismo, la jurisprudencia colombiana ha contribuido en el enriquecimiento de este tema del derecho médico, con sentencias de gran importancia, como las de la despenalización del aborto⁶⁶, eutanasia⁶⁷, reasignación de género⁶⁸. Cada una de las resoluciones de la Fiscalía, las decisiones de los Tribunales de ética profesional, las sentencias de los jueces penales, civiles y de los tribunales, del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, han contribuido, desde su área al fortalecimiento de una jurisprudencia que ha ido fijando criterios de interpretación

⁶³ También conocida como “Convención sobre los derechos del Hombre y la Biomedicina”, fue aprobada por el Consejo de Europa en noviembre de 1996, en Estrasburgo, Francia.

⁶⁴ Aprobada por la Organización Mundial de la Salud en marzo 30 de 1994, en Ámsterdam, Holanda.

⁶⁵ El portal de la Organización Mundial de la Salud es www.who.int y el de la Organización Panamericana de la salud en Colombia es <http://new.paho.org/col>.

⁶⁶ Sentencia Corte Constitucional - Sala Plena C-647, 20-6-2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁶⁷ Sentencia Corte Constitucional - C- 239, 20 -5-1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁶⁸ Sentencia T-477/95, 23 -10-1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero – Consúltense también las sentencias SU-337/1999, T-692/1999, T-1390/2000, T-1025/2002, T-021/2003, T-912/2008 y T-622/2014.

y aplicación del derecho médico. Finalmente, la doctrina ha contribuido en este campo, mediante los estudios realizados por ella sobre tales temas⁶⁹.

1.7. Eximentes de responsabilidad en materia médica

Es importante señalar que hay causa eximente de responsabilidad, cuando el daño proviene de un hecho que no es imputable al dolo o culpa del agente, y por lo tanto se rompe el nexo causal con ello.

Para abordar este tema el profesor Wilson Ruíz, señala que dependiendo de se ubique el débito prestacional dentro de la actividad médica, ya sea como obligación de medio o de resultado, variará la forma de exoneración por parte del médico que brinde la atención, inclusive, y según lo visto en la actividad médica compleja⁷⁰, deberá deslindarse la actuación (como actividades principales o secundarias), para saber si las mismas consideradas individualmente son obligaciones de medio o de resultado⁷¹.

1.8. La responsabilidad médica o sanitaria en la pérdida de oportunidad

En una época reciente, apareció la idea de que en ciertos casos en los que no podía probarse que un médico incurso en culpa había causado la muerte del paciente, debido a que la muerte habría podido producirse incluso si le hubieran suministrado los cuidados médicos adecuados, al menos el paciente, que disponía

⁶⁹ YEPES RESTREPO, Sergio. "La responsabilidad civil médica". Editorial Dike, Bogotá, 2016, p. 20.

⁷⁰ La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido notablemente innovadora, es por eso que el máximo Tribunal de la Jurisdicción Administrativa, en recientes providencias considera a la actividad médica como una operación jurídica compleja, indicando con esto que ya no se deberá circunscribir a la actividad médica como simple obligación de medio, sino que para derivar el contenido prestacional a cargo de los médicos será preciso analizar los procedimientos realizados de una manera integral y no aislada; esta posición está orientada a hacer mutar el antiguo concepto de la actividad como obligación de medio. Par un mejor entendimiento es preciso señalar los puntos más sobresalientes de la providencia del 07 de octubre de 1999, exp. 12.655, Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez, donde se trata con claridad suficiente el concepto de relación jurídica compleja de servicios médicos. Cita tomada de RUÍZ OREJUELA, Wilson. Responsabilidad médica estatal. Editorial Ecoe, Bogotá, 2006, p.29.

⁷¹ RUÍZ OREJUELA, Wilson. Responsabilidad médica estatal. Editorial Ecoe, Bogotá, 2006, p.38.

de una potencial “oportunidad de sobrevivir”, la había perdido por culpa del médico⁷².

Es decir, no existía garantía de que el paciente sobreviviera, inclusive si se le hubiera practicado la intervención, pero el perjuicio se produce porque la entidad no lo incluyó a su debido tiempo en la lista de pacientes en espera para trasplante.

La privación de una oportunidad sería de cura, por ejemplo, si se considera como un perjuicio cierto, en tanto que el álea vinculado al estado de salud de un paciente hace particularmente delicada la apreciación, a pesar del concurso de los expertos.⁷³

Prévot y Chaia, a su vez, distinguen el problema de la pérdida de una chance médica de la chance tradicional; señalando que, en la primera existe es una dificultad con respecto al nexo causal, al paso que, en la segunda *“atañe al perjuicio, o más precisamente a la causalidad jurídica”*, es decir, el aprieto en este último caso consiste en establecer la certeza del daño con relación a las consecuencias o efectos del evento.⁷⁴

En cuestiones de responsabilidad médica se conocen el hecho causante y el daño, siendo el nexo causal el elemento más incierto por la dificultad que, en ocasiones, se presenta de establecer, por ejemplo, si la muerte surgió de las *“complicaciones sobrevenidas de la evolución normal de la enfermedad”* o *“del acto terapéutico falible”*. Esta posición, la comparte, el destacado profesor Tamayo, para quien en los casos de responsabilidad médica no se está en presencia de la pérdida de una oportunidad sino de una incertidumbre causal.⁷⁵

⁷² CHABAS, Francois. “La pérdida de una oportunidad (chance) en el derecho francés de la responsabilidad civil”, en Revista de Responsabilidad Civil y del Estado, 2013, No. 33, febrero, p.23.

⁷³ PAILLET, Michel. Op. Cit., 2001, p. 260.

⁷⁴ YONG, Samuel (2011). Pérdida de oportunidad, Centro de Investigaciones Francisco de Vitoria Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomas. Bogotá – Colombia. Recuperado de http://numanterioresviei.usta.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=219:perdida-de-oportunidad&catid=67:decimo-segunda-edicion-reflexiones-ademicas&Itemid=16

⁷⁵ Ibidem.

En aras de lograr mayor claridad conceptual, el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo haciendo un trasunto de la elaboración doctrinaria francesa de la “*pérdida de oportunidad*”, ha propuesto una dogmática específica para los eventos que atañen a la responsabilidad médica, como se ha anticipado, la que por su atinencia hace inexcusable su cita, dentro de ese este estudio.

Conforme a los criterios jurisprudenciales⁷⁶ y doctrinarios desarrollados sobre el tema, puede llegarse a la conclusión de que para que proceda la responsabilidad patrimonial del Estado por “*pérdida de oportunidad*” en materia de responsabilidad médica se requiere acreditar⁷⁷:

“(i) Que la entidad obligada a brindar el servicio médico requerido incurrido en una falla del servicio por haber omitido el cumplimiento de su obligación o haber brindado el servicio de manera tardía o inadecuada.

Debe destacarse que conforme a lo sostenido por el Consejo de Estado, la responsabilidad patrimonial, por la falla médica involucra no sólo el acto médico propiamente dicho, el cual se refiere a la intervención del profesional en sus distintos momentos, particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas, sino que también se refiere a todas aquellas previstas, concomitantes y posteriores a la intervención profesional, que operan desde el momento en que la persona asiste o es llevada un centro médico estatal hasta que culmina su demanda del servicio, actividades que están a cargo del personal paramédico o administrativo⁷⁸.

⁷⁶ A este perjuicio en materia de responsabilidad médica, se ha referido la Sala, entre muchas otras, en sentencias de: 28 de abril de 2005, Exp. 14.786; 10 de junio de 2004, Exp.25.416; 8 de noviembre de 2001, Exp. 13.617; 14 de junio de 2001, Exp. 13006; 10 de agosto de 2000, Exp. 11.519; 15 de junio de 2000, Exp. 12.548; 26 de abril de 1999, Exp. 10.755.

⁷⁷ PINZÓN MUÑOZ, Carlos Enrique. Óp. Cit., p. 68

⁷⁸ A este respecto ver, por ejemplo, sentencias de 25 de mayo de 2006, Exp. 15.836 y de 28 de diciembre de 2000, exp:11.405

Se destaca que la determinación de la pérdida de oportunidad no puede ser una mera especulación, es necesario que de manera científica quede establecido cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar su vida, y que esa expectativa real haya frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica.

En este aspecto hay que prestar la máxima atención, toda vez que es fundamental el enfoque con el que se mire, ya que puede que no se resuelva como pérdida de oportunidad, evento en el cual lo que se presenta es una dificultad para establecer el nexo causal. De esta manera, tal como lo señala Javier Tamayo, para poder hablar de pérdida de oportunidad tienen que darse tres condiciones: de un lado que realmente haya existido la pérdida de oportunidad; del otro, que esa pérdida de oportunidad sea por sí sola, un daño cierto para el demandante; y finalmente, que no haya certeza sobre la entidad o cuantía del daño cierto causado sin duda alguna, por dicha pérdida⁷⁹.

De otro lado, Luna Yerga ha expresado que se pueden presentar situaciones en las cuales *“no es posible acreditar el nexo de causalidad entre un comportamiento médico negligente y el daño sufrido por el paciente, pero exista una probabilidad significativa de que el evento dañoso no hubiera tenido lugar de haberse dado la conducta debida; la doctrina de la pérdida de oportunidad permite considerar que dicha negligencia privó al paciente de oportunidades de curación o supervivencia que deben ser indemnizadas⁸⁰”*, lo anterior para de responsabilidad civil médica, tema que será abordado más adelante.

Sin embargo, la pérdida de oportunidad sirve como instrumento para determinar en qué porcentaje contribuyó una omisión o acción en la producción de un puntual daño antijurídico (muerte o lesiones), el cual no puede ser indemnizado al ciento por ciento, puesto que, en estos casos, es claro que la conducta de la

⁷⁹TAMAYO JARAMILLO, Javier. Editorial Revista Responsabilidad Civil y del Estado No.40, 2017. Artículo “La pérdida de oportunidad en la responsabilidad médica, un falso problema” 2017, p. 19.

⁸⁰ YERGA, Luna. Oportunidades perdidas, en Revista para el análisis del Derecho, INDRET, No. 288, 2005.

administración sanitaria no es la causa directa del daño, sino que resta probabilidades de recuperación o mejoría, lo cual no puede traducirse en indemnización plena⁸¹.

En relación con estas figuras, las mismas tanto de la teoría positiva como la negativa pueden calificarse de exacerbadas, en la medida en que se aumente o disminuya el umbral del estándar de persuasión; así las cosas, si bien se puede reducir aún más el umbral, como sucede en la figura *del todo o nada con relajación probatoria exacerbada*⁸², se sigue quitando toda relevancia a la teoría de la pérdida de oportunidad, al permitir dulcificar el estándar ordinario de persuasión por debajo del 50% (*common law*) o del 80% (derecho europeo continental) para proclamar la existencia del nexo causal entre el hecho dañoso y el daño final, con miras a otorgar una indemnización total en situaciones caracterizadas por la dificultad probatoria, en especial, en los casos de responsabilidad médico-sanitaria⁸³.

En efecto, se hace necesario señalar que desde la perspectiva patrimonial de la administración sanitaria, es preciso destacar que el servicio de salud se le ha definido como un servicio público esencial⁸⁴, cuyo cumplimiento en cabeza de entidades públicas o estatales se adelanta mediante el ejercicio de función administrativa, y atiende a la satisfacción del interés general, en la medida en que sirve de presupuesto para el ejercicio pleno de otros derechos, especialmente de aquellos definidos como fundamentales, dada la conexidad que se genera entre el primero y estos últimos⁸⁵.

Así las cosas, la conducta activa u omisiva del profesional médico o paramédico y la actuación administrativa o asistencial se constituyen en uno de los elementos esenciales de la responsabilidad por la prestación de servicios de salud.

⁸¹ GIL BOTERO, Óp. Cit., pág. 588.

⁸² Tomado de la Sentencia del Consejo de Estado, expediente: 25706 del 05 de abril de 2017, C.P.: Ramiro Pazos Guerrero.

⁸³ Ibidem p. 330 a 332.

⁸⁴ Sentencia C-599 e 1992 y la Sentencia Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección A del 20 de febrero de 1996, Exp. 11.312, M.P. Daniel Suárez Hernández.

⁸⁵ GIL BOTERO, Óp. Cit., p. 601.

Su denominación como hecho, hecho culposo, conducta, falla, falta, acto o acción puede significarse con el calificativo de culpa médica, que comprende los demás términos⁸⁶.

Por lo tanto, la obligación médico-hospitalaria tiene origen en diversos actos relacionados con el servicio de atención en salud, según los lineamientos del profesor José Manuel Fernández Hierro, en los siguientes términos:

“(…)

1. *Actos puramente médicos, que son los de profesión realizados por el facultativo;*
2. *Actos paramédicos que vienen a ser las acciones preparatorias del acto médico y las posteriores a este; por lo común, son llevadas a cabo por personal auxiliar para ejecutar órdenes del propio médico y para controlar al paciente (por ejemplo, suministrar suero, -inyectar calmantes o antibióticos – o proporcionarlos por vía oral -, controlar la tensión arterial, etcétera). También en esta categoría quedan emplazadas la obligación de seguridad que va referida al suministro de medicamentos en óptimas situaciones y el buen estado de salud en que deben encontrarse los instrumentos y aparatos médicos;*
3. *Actos extra médicos, están constituidos por los servicios de hostelería (alojamiento, mantenimiento, etcétera), y por los que obedecen al cumplimiento del deber de seguridad de preservar la integridad física de los pacientes⁸⁷”.*

Finalmente, recordó que la responsabilidad del Estado también se puede derivar de la omisión en la prestación del servicio médico, siempre que la desatención o negligencia incida en el resultado adverso a la salud e integridad física del usuario⁸⁸.

1.9. El nexo causal en la responsabilidad médica o sanitaria

En este sentido, es importante establecer que en Colombia la causalidad como método de imputación es objeto de incontables debates, inclusive la jurisprudencia del Consejo de Estado ha brindado en materia de responsabilidad médica, diferentes casos en los cuales se analiza la prestación del servicio de salud

⁸⁶ YEPES RESTREPO, Sergio. La responsabilidad civil médica. Ed. Dike, 2004, p. 71.

⁸⁷ FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. Responsabilidad civil médico-sanitaria, Pamplona, Aranzadi, págs. 174 y 175.

⁸⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección A, Sentencia 76001233100020040121002 (33492), feb. 26/14, C. P. Carlos Alberto Zambrano.

y la falla en el servicio y la relación que existe del nexo de causalidad entre la atención brindada a los pacientes en las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud – IPS y la muerte o daños ocasionados a estos en su salud.

Así mismo, lo principal es determinar que la existencia de un daño deba ser soportado por quien no contribuyó a su realización, es decir debe existir necesariamente una relación entre el daño causado y la conducta de quien está llamado a ser responsable, esto es determinante para que se configure el elemento de la responsabilidad.

Cabe anotar que en países como España ya se ha advertido la jurisprudencia y doctrina han centrado primariamente su atención en la prueba de la culpa y han obviado en ocasiones el análisis de los problemas que en este concreto ámbito presenta la prueba del nexo causal, así mismo, vale la pena advertir que la prueba de la relación de causalidad es completamente irrelevante en dicho país y la obligación médica es previamente calificada como de medios o como de resultado, pues a diferencia de la culpa, cuya constatación es necesaria exclusivamente en las obligaciones de medios, al relación de causalidad es requisito necesario en ambas.

En la responsabilidad civil médico-sanitaria como es llamada en otros países lo determinante es la incidencia de la llamada causalidad omisiva, respecto de los casos en que el daño se origina por la falta de las medidas de cuidado establecidas por la *lex artis*.

Así las cosas, es preciso aclarar que la reparación proporcional de la pérdida de oportunidad no ha sido empleada en todos los ámbitos de la responsabilidad estatal como, por ejemplo, en materia contractual, donde aún se sigue aplicando la

regla del “todo o nada”⁸⁹ y cuya indemnización se calcula en función del beneficio neto que el contratista habría obtenido de la adjudicación del contrato⁹⁰.

Según la doctrina médica, “la base de la responsabilidad en medicina es la culpa, la cual se define desde un punto de vista general como el resultado de una conducta no acorde con la norma jurídica y que por lo tanto es susceptible de reproche y castigo por parte de la sociedad”⁹¹.

En medicina, los causales de culpa son, en esencia, tres: Impericia, negligencia e imprudencia. Hay impericia cuando faltan la capacidad, habilidad, experiencia y conocimiento de quien emprende un tratamiento, particularmente cuando estos no han sido certificados por alguna institución reconocida legalmente. Se habla de negligencia cuando, a pesar del conocimiento de lo que debe hacerse, no se aplica y por lo tanto se produce un daño. Equivale a descuido u omisión. La imprudencia consiste (sic) una acción temeraria que se efectúa a pesar de haberse previsto el resultado adverso que ocasiona el daño en el enfermo. Esto equivale a efectuar un acto médico sin las debidas precauciones. Es la conducta opuesta a la que aconsejarían la experiencia y el buen sentido de un especialista en determinado aspecto de la medicina⁹²

Por ende, se concluye de esta manera, que si coexiste una dualidad de modos de reparación: una, del “*todo o nada*”, predominante en materia contractual; y otra, proporcional, aplicable a supuestos de responsabilidad en casos de pérdida de oportunidad. De hecho, por ejemplo, en la lógica del “todo o nada” es necesario el vínculo causal existente entre el hecho dañoso y el perjuicio final, mientras que, en la proporcional, aplicada al ámbito médico-asistencial, función pública o casos de administración de justicia, la pérdida de oportunidad se erige como un daño

⁸⁹ Corte Administrativa de Instancia de Paris, 23 de junio de 2011, Conseil supérieur de l’audiovisuel c/Soc. Vortex, n.º 09PA05578.

⁹⁰ CE, 8 de febrero de 2010, Cne de La Rochelle, Rec., p. 14; AJDA, 2010, p. 240, obs. J.-M. Pastor.

⁹¹ Médico Legal, Revista Colombiana para los Profesionales de la Salud”, autores: Fernando Guzmán Mora – médico-, Eduardo Franco Delgadillo –abogado- y Guillermo Rodríguez –abogado-. Enlace: <http://www.medicolegal.com.co>.

⁹² Ibidem.

autónomo diferente del final, es decir, no se repara el perjuicio final padecido por la víctima sino la proporción del despojo de las probabilidades que fueron perdidas por éstas.

CAPÍTULO II

ASPECTOS GENERALES DE LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

INTRODUCCIÓN

A partir del régimen general de responsabilidad médica que se analizó en el capítulo anterior, se hace necesario abordar la figura de pérdida de oportunidad o “chance”, noción de origen europeo especialmente francés en el ámbito de responsabilidad médica y como se ha ido incorporando esta teoría en la jurisprudencia colombiana.

En este orden de ideas, se abarcarán temas tales como: la noción de pérdida de oportunidad, la cual constituye un instrumento de facilitación probatoria de creación jurisprudencial cuya consolidación recientemente se ha dado en el ámbito del derecho de daños y la imputación a la administración pública estudiada desde el artículo 90 de la Constitución Política, en atención a lo anterior, resulta necesario abordar la reparación del daño aplicando la teoría de la pérdida de oportunidad desde la dogmática jurídica del derecho de la responsabilidad patrimonial y comprender el manejo que se le ha dado para fundamentar o no la obligación de indemnizar.

1. NOCIÓN ACERCA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD O CHANCE

La teoría de la pérdida de oportunidad es una figura que tuvo su origen entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX en los tribunales franceses, británicos y norteamericanos⁹³. Es así que, en el Estado francés, “[...] las primeras

⁹³ MEDINA ALCOZ, Luís. “La doctrina de la pérdida de oportunidad en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla -La Mancha. Reflexiones críticas”, en Revista Jurídica de Castilla -La Mancha. [en línea], no. 47, diciembre de 2009. [fecha de consulta: 19 de febrero de 2015, pp. 107-157. Disponible en <http://docm.jccm.es/portaldocm/descargarArchivo.do?ruta=Revista47>. Al respecto señala: Aunque la doctrina francesa afirma como suya la doctrina de la pérdida de oportunidad, son varios los ordenamientos jurídicos que la desarrollaron inicialmente y, probablemente, sin influencias recíprocas. Hay precedentes franceses de principios del siglo XIX, pero también aplicaciones de esta doctrina por los tribunales británicos y norteamericanos (Estados Unidos y Canadá). Después, la teoría ha circulado horizontalmente, penetrando otros muchos ordenamientos nacionales (Australia, Bélgica, Holanda, Italia, Argentina, entre otros); y verticalmente,

aplicaciones se refieren a negligencias de profesionales forenses. Y en el reino Unido, su emblemático caso *Leading Chaplin vs. Hicks de la Court of Appeal (1911)* se refiere a un concurso de belleza.⁹⁴ Sobre el alcance y contenido de la figura de la pérdida de oportunidad, expresa Jorge A. Mayo:

“Con la expresión pérdida de un chance (chance equivale en español a ocasión, oportunidad) se indican todos los casos en los cuales el sujeto afectado podía realizar un provecho, obtener una ganancia o beneficio, o evitar una pérdida, lo que fue impedido por el hecho antijurídico de un tercero (sea o no contratante con aquel), generando de tal modo la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría o no producido, pero que, evidentemente, ha cercenado una expectativa, una probabilidad de una ventaja patrimonial”⁹⁵.

Propuesta que se ha venido incorporando paulatinamente en la doctrina extranjera, cuyo objetivo es probar el nexo causal en los casos en que no está tan claramente demostrado y en la cual se podría llegar a soluciones injustas⁹⁶, debido a que existen un sin número de situaciones en las que un sujeto tiene la probabilidad de obtener una ventaja o evitar una pérdida, pero por hechos provenientes de un tercero esa oportunidad se malogra⁹⁷.

alcanzando a organizaciones europeas e internacionales de diverso signo (Consejo y Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; Tribunal Europeo y Corte Internacional de Derechos Humanos; Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado-Unidroit-; Academia de Jusprivatistas Europeos; Grupo Europeo de Responsabilidad Civil- EGTL-) que, después identificarla a través del [sic] método comparado, la han recogido o aplicado en algunos de sus instrumentos [...]”. Cita tomada del texto “La pérdida de oportunidad y el lucro cesante no consolidado por muerte de menores de edad en el derecho colombiano de la responsabilidad extracontractual del Estado”. DE LA ESPRIELLA OYOLA, Carlos Mario. Editorial Universidad Externado de Colombia. 2016, p,123.

⁹⁴ MEDINA ALCOZ, Luis. “La doctrina de la pérdida de oportunidad en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla -La Mancha. Reflexiones críticas”, en Revista Jurídica de Castilla -La Mancha. [en línea], no. 47, diciembre de 2009. [fecha de consulta: 19 de febrero de 2015], pp. 107-157.

⁹⁵ MAYO, Jorge A. “El concepto de pérdida de chance”, en Atilio Aníbal Alterini y Roberto López Cabana (dirs), Enciclopedia de la responsabilidad civil, T. II, C, Buenos Aires; Abeledo-Perrot, 1998, p. 207. Cita tomada del texto de GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe. La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil. Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p, 32-33.

⁹⁶ Gascón Abellán, Marina y Medina Alcoz, Luis. “¿Pueden declararse responsabilidades por daños sin la prueba del nexo causal? Debate en torno a la teoría de la pérdida de oportunidad”, en Revista de Responsabilidad Civil y del Estado, 2012, No. 30, febrero, p. 115.

⁹⁷ La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica, Revista CESCO de Derecho de consumo en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>.

La palabra francesa *chance* (*oportunidad*), significa posibilidad o probabilidad, manera favorable o desfavorable en que se desarrolla un determinado acontecimiento, en una segunda acepción, significa suerte, fortuna; ocasión, oportunidad, posibilidad o probabilidad favorable cuyo lenguaje jurídico ha tomado este segundo sentido, concretamente en el ámbito del derecho de la responsabilidad civil, para hacer referencia a un discutible – pero ampliamente admitido – concepto dañoso consistente en la pérdida de una ocasión favorable, de una posible ventaja o beneficio, de un concreto resultado apetecido y esperado. Pérdida de *chance* es, pues, la pérdida de la oportunidad de obtener algún tipo de provecho o utilidad⁹⁸.

Por ello, que algunos juristas se valen de esta palabra, como posibilidad o probabilidad para distinguir las buenas oportunidades de las malas oportunidades. Las primeras corresponden con las probabilidades con las cuales se contaba para la obtención de la ventaja y las segundas con las posibilidades contrarias, esto es, las que conducían a la no consecución de la utilidad. Arguye Medina Alcoz, que la suerte discurre por derroteros de signo opuesto, pues cabe la “buena” suerte y cabe la “mala” suerte. La suerte a que inicialmente se refiere la *chance* es la primera, es decir, un evento afortunado y no desafortunado. La pérdida de una *chance* es la pérdida de la posibilidad de obtener un apetecido resultado afortunado o favorable. La suerte mala, la posibilidad azarosa de sufrir un siniestro, es decir, de obtener un resultado desafortunado o desfavorable⁹⁹.

Para entender un poco mejor en que consiste la teoría de la pérdida de oportunidad, citaremos algunos ejemplos del profesor Chabas:

“(…) un criador, a causa de un accidente, es privado de la posibilidad de entrenar un caballo para una carrera, y pierde su oportunidad de llevarse el premio, un auxiliar de la justicia (abogado, secuestre, ujier), por su negligencia, como por ejemplo por dejar vencer los términos o por expedir un acto nulo,

⁹⁸ Medina Alcoz Luis. Cit., p. 61.

⁹⁹ Ibidem.

hace perder a su cliente las posibilidades que tenía de ganar su proceso en segunda instancia; un automovilista lesiona culpablemente a una joven, con lo que desaparece la oportunidad de ella de ser escogida en un concurso para azafatas al que estaba decidida a presentarse¹⁰⁰.

Se destacan, en los casos anteriores, los rasgos comunes que caracterizan el problema, entre ellos se evidencian los siguientes:

1. *“Una culpa del agente.*

2. *La pérdida de una “ventaja esperada” (ganar el proceso, obtener el puesto de azafata), y que podría ser el perjuicio.*

3. *Una ausencia de prueba del vínculo de causalidad entre la pérdida de esa “ventaja esperada” y la culpa, porque, por definición, esa “ventaja esperada” es aleatoria. Esta es una característica esencial de la cuestión. La desaparición de la “ventaja esperada” siempre puede darse por causas, ya sea naturales o favorecidas por terceras personas¹⁰¹, de tal forma que nunca se sabrá si el agente quien lo ha hecho perder: aun sin el agente, habría podido perderse. De esta manera, la culpa del agente no es siquiera una condición sine qua non de la pérdida del resultado esperado.*

4. *Sin embargo, en los casos clásicos que nos interesan, es posible no referir la duda al campo del vínculo causal y, más bien, bajo la forma de áleas, insertarla, en cierta forma, en la definición de perjuicio. De esa manera, el perjuicio no es la pérdida de “ventaja esperada” (del resultado esperado), sino la pérdida de las posibilidades (de la “oportunidad”) o “chance” que se tenían de lograr ese resultado¹⁰².*

¹⁰⁰ Revista Responsabilidad Civil y del Estado No.33, 2013. Artículo “La pérdida de oportunidad (“chance”) en el derecho francés de la responsabilidad civil”, CHABAS, François. p, 24-25.

¹⁰¹ Pero no para la víctima. Este punto será discutido más adelante. Cita tomada del texto: Revista Responsabilidad Civil y del Estado No.33, 2013. Artículo “La pérdida de oportunidad (“chance”) en el derecho francés de la responsabilidad civil”, CHABAS, François. p, 24-25.

¹⁰² Es lo que está “en juego”: la “ventaja esperada”. El que está muriendo espera sobrevivir, el que ha perdido su proceso en primera instancia espera ganarlo en la apelación. El asalariado que se vuelve incapaz para trabajar esperaba un ascenso que le traería un aumento de sueldo. El “enjeu” es la vida, el interés del litigio, el salario incrementado. Como se ve, es siempre un evento benéfico que consiste ya sea en adquirir un valor, ya

De este conjunto de saberes, Medina Alcoz hace una definición que vale la pena traer en cita, respecto a la palabra *chance* como él lo define ésta proviene del francés *choir* (caer por su propio peso) y ésta, a su vez, de los términos latinos *cadere* (caer) y *cadentia* (caída). Refiere inicialmente a la caída de los dados, al número de puntos que marcan tras su caída (*chéant*) al quedar sobre el tablero¹⁰³, ejemplo referenciado por el autor para explicar con más detalle la definición de *chance*, importante para el derecho francés en la pérdida de oportunidad.

A su vez, ligada la palabra *chance* al juego de los dados como lo referencia Medina Alcoz, sucede igual con la palabra española *azar* (*casualidad, caso fortuito* (*suerte*); desgracia imprevista (*mala suerte*) que proviene del árabe *zahr* (*dado, del juego de los dados*) y que corresponde con el portugués *azar* y con el catalán *atzar.*, en francés *hasard*, para los italianos *azzardo* y *zara* (antiguo) y al inglés *hazard*.¹⁰⁴

Ahora bien, tanto la jurisprudencia como la doctrina han tratado de darle respuesta a estas realidades caracterizadas por la dificultad para apreciar la certeza de un perjuicio, razón por que se ha acudido a la figura de la pérdida de oportunidad cimentada generalmente en la teoría ontológica y desarrollada en sus diferentes

sea en evitar un mal, pero un mal que sin la intervención del tercero (que será el agente), sería inevitable, He ahí porque incluso si la pérdida de una oportunidad es aquella de evitar un mal, el “enjeu” constituye un más porque, abandonado a sí mismo sin la intervención del hombre, el curso normal de las cosas habría conducido ineluctablemente a la pérdida. Lo veremos en un instante para las oportunidades de sobrevivir. Cita tomada del texto: Revista Responsabilidad Civil y del Estado No.33, 2013. Artículo “La pérdida de oportunidad (“chance”) en el derecho francés de la responsabilidad civil”, CHABAS, François.p, 24-25.

¹⁰³ A. Bénabent. *La chance et le droit*, LGDJ, París, 1973, p. 5. El Consejo de Estado italiano (Secc. VI) se ha referido a la etimología del término en una importante sentencia de 31 de marzo de 2006: “el ámbito semántico-jurídico del término *chance* (...) constituye la clave de la hipótesis resarcitoria examinada. La palabra *chance* deriva etimológicamente de la expresión latina *cadentia*, que indica el caer de los dados, y significa “buena probabilidad de éxito”. Se trata, por tanto, de una situación teleológicamente orientada hacia la consecución de una utilidad o ventaja y caracterizada por una posibilidad de éxito presumiblemente no privada de consistencia.

¹⁰⁴ (...) La palabra española *azahar* proviene también del árabe *zhar* (de la raíz z-h-r, lucir, ser hermoso, florecer, flor, flor de azahar). Se cree que los dibujos de flores de azahar que aparecían pintados en una de las caras del dado dieron lugar que *zhar* se utilizará en árabe en un segundo significado, como juegos de dados (J. COROMINAS VIGNEAUX, *Diccionario crítico etimológico de la lengua castellana*, Vol. I, 3ª reimpr., Gredos, Madrid., 1976, p.346). Consecuentemente, es probable que la palabra árabe para “flor” (*zhar*) diera lugar al término árabe para “juego de dados” (*zhar*) y éste, a su vez, al vocablo español “azar”. Cita tomada del texto: Revista Responsabilidad Civil y del Estado No.33, 2013. Artículo “La pérdida de oportunidad (“chance”) en el derecho francés de la responsabilidad civil”, CHABAS, François.p, 25.

matices (daño patrimonial o personal) y vertientes como la teoría ontológica moderada y teoría ontológica radical¹⁰⁵.

2. DESARROLLO DE LA TEORÍA DE PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN FRANCIA Y OTROS PAÍSES

La figura de pérdida de oportunidad fue reconocida por la jurisprudencia civil francesa¹⁰⁶ (*perte d'une chance*) e inglesa (*loss of a chance of recovery*), cuya génesis ya se explicó la cual data de finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, consagrada especialmente a asuntos judiciales¹⁰⁷.

Fue reconocida por primera vez por la Sala de Casación Civil francesa en el fallo calendaro el 17 de julio de 1889, en cuya ocasión se analizó si una persona habría perdido la oportunidad de que sus pretensiones judiciales fueran falladas a su favor a causa del error judicial cometido por un funcionario que no solo impidió la tramitación de un recurso de apelación sino que, de modo irregular, declaró nulo un proceso, con lo que menoscabó los intereses de quien estaba interesado en las resultas del litigio (*Cass, req, 17 de julio de 1889, D., 1890.1485*); no obstante algunos autores, como Chabas, registran su verdadera paternidad en un fallo posterior que data del 26 de mayo de 1932 (*Cass., req., 26 mai, 1932, C, 1932, I, 387*), cuya situación fáctica consistió en la no realización de un proyecto inmobiliario a causa de un error cometido por un notario y a un certamen de belleza¹⁰⁸, aquí vale

¹⁰⁵ MAZEAUD, Henri, MAZEAUD León y Tunc, André. 1961. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil delictual y contractual. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, p. 307.

¹⁰⁶ Uno de los estudios más recientes y completos que consagra una génesis y desarrollo del instituto de la pérdida de oportunidad es la obra de Alice Minet, *La perte de chance en droit administratif*, LGDJ, París, 2014.

¹⁰⁷ CHABAS, François, "Cent ans de responsabilité civile", *Gaz, Pal*, 23-24, agosto de 2000, n.º 236-237, p. 2, n.º 84. Sobre un estudio de este caso ver : BRUN, Philippe, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 2ª ed, Litec, coll. "Manuel", 2009, nota 54, p. 120; MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Léon, TUNC, André, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, 6ª ed, Montchrestien, 1965, nota 7, p. 276; VINEY, Geneviève, JOURDAIN, Patrice, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 3ª ed., L.G.D.J., 2006, nota n.º 280, p. 91; MEDINA ALCOZ, Luis, "Hacia una Nueva Teoría General de la Causalidad en la Responsabilidad Civil Contractual (y Extracontractual): La Doctrina de la Pérdida de Oportunidad", *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros*, 2009.

¹⁰⁸ <http://www.iclr.co.uk/assets/media/iclr-annual-lecture-transcript-2009.pdf> consultado el 20/01/2017. Sobre un estudio de este caso: MULLER, Christoph, *La perte d'une chance. Etude comparative en vue de son indemnisation en droit suisse, notamment dans la responsabilité médicale*, Université de Neuchâtel, 2002, n.º 38, p. 51 ; V. *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 55, n.º 2, 2003, p. 135. En 1987, este país aceptó en el marco de la responsabilidad médica la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad a casos de errores

la pena citar el fallo del año 1911 de la doctrina inglesa el cual ya se referenció en el caso de Chaplin vs. Hicks en el cual se señaló lo siguiente:

“Se trata el caso de una participante en un concurso de belleza que fue privada de obtener el premio por una falta endilgada a su organizador. La señorita Chaplin fue una de las 50 finalistas de casi 6.000 mujeres que participaron en un concurso de belleza. Dentro del proceso se previó que las candidatas que llegaran a la etapa final del certamen serían entrevistadas por el organizador del concurso para escoger 12 que serían premiadas con contratos. La señorita Chaplin no pudo asistir a la entrevista por no habersele notificado la fecha en la que tendría lugar el evento y el demandado se negó a reprogramarla. Si bien es cierto que la señorita Chaplin no formuló cargo por el reconocimiento del premio, en la medida que no era posible demostrar que de haber sido entrevistada la habrían seleccionado, alegó que de no haber mediado la conducta del organizador del concurso habría conservado intacta su oportunidad de competir. La oportunidad frustrada fue compensada no por la totalidad del valor del premio sino por el 25% del valor final del mismo: (Chaplin v. Hicks)¹⁰⁹

Vale la pena advertir, que la postura reiterada¹¹⁰ en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés es la de emplear la regla de la reparación proporcional en materia de responsabilidad médica para indemnizar la esperanza frustrada, cuyo porcentaje se reconoce no sólo a la víctima directa sino también a su núcleo familiar cercano y, en caso de muerte de la víctima, los perjuicios materiales e inmateriales se transmiten y se reconocen proporcionalmente en función de la oportunidad pérdida a sus familiares¹¹¹.

Sin embargo, en el año 2007 la reparación proporcional de la pérdida de oportunidad en materia médica se extendió al campo de la función pública y cuyo

de diagnóstico: House of Lords (Hoston v. East Berkshire Health Authority), 1987, AC 750, citado por MULLER, *ibíd.*, n.º 186, p. 141.

¹⁰⁹*ibidem*.

¹¹⁰ CE, 25 de marzo de 2009, Centre hospitalier de Versailles, n.º 313231; CE, 26 de mayo de 2010, M. et Mme Pradeau, Rec. tables, p. 976. Tomado de la Sentencia del Consejo de Estado, expediente: 25706 del 05 de abril de 2017, C.P.: Ramiro Pazos Guerrero.

¹¹¹ CE, 21 de marzo de 2008, Centre hospitalier universitaire de Bordeaux, Rec tables, p. 924. Tomado de la Sentencia del Consejo de Estado, Exp. 25706 del 05 de abril de 2017, C.P.: Ramiro Pazos Guerrero.

fallo más emblemático es el caso *Lafforgue* del 11 de marzo de 2009.¹¹² En este caso, el Estado fue condenado por haber privado de un ascenso a un empleado en razón a la incorrecta aplicación de una norma.

Es preciso aclarar que la reparación proporcional de la pérdida de oportunidad no ha sido empleada en todos los ámbitos de la responsabilidad estatal como, por ejemplo, en materia contractual, donde aún se sigue aplicando la regla del “*todo o nada*”¹¹³ y cuya indemnización se calcula en función del beneficio neto que el contratista habría obtenido de la adjudicación del contrato¹¹⁴.

Es aquí donde se encuentran numerosas críticas por parte de algún sector doctrinal a la teoría de la pérdida de oportunidad como herramienta de flexibilización del nexo de causalidad, esto frente a la teoría causal tradicional del “todo o nada” en el cual ya se hizo referencia en el párrafo anterior, es por ello que para muchos autores el problema radica en que a veces se desestimaban reclamaciones por falta de acreditación de un nexo causal, cuya existencia era, en realidad, verosímil o suficientemente probable, por ello, hoy día es fácil encontrarse numerosas sentencias que admiten esta doctrina, y lo aplican directamente como criterio de reducción¹¹⁵.

Así mismo, no podemos pasar por alto los aportes que en esta materia han hecho muchos países latinoamericanos como Argentina (pérdida de la chance)¹¹⁶, a este punto es preciso indicar que en países como Estados Unidos se le dio mayor relevancia a esta teoría, la cual fue rechazada por un amplio sector de la doctrina, pero que pese a ello dio lugar a la conformación de un cuerpo doctrinal y

¹¹² CE, 11 de marzo de 2009, *Lafforgue*, p. 923. Tomado de la Sentencia del Consejo de Estado, Exp. 25706 del 05 de abril de 2017, C.P.: Ramiro Pazos Guerrero.

¹¹³ Corte Administrativa de Instancia de Paris, 23 de junio de 2011, Conseil supérieur de l’audiovisuel c/Soc. Vortex, n.º 09PA05578. Tomado de la Sentencia del Consejo de Estado, expediente: 25706 del 05 de abril de 2017, C.P.: Ramiro Pazos Guerrero.

¹¹⁴ CE, 8 de febrero de 2010, Cne de La Rochelle, Rec., p. 14; AJDA, 2010, p. 240, obs. J.-M. Pastor. Tomado de la Sentencia del Consejo de Estado, Exp. 25706 del 05 de abril de 2017, C.P.: Ramiro Pazos Guerrero.

¹¹⁵ ASENSI PALLARÉS, Eduardo. La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica. Revista CESCO de Derecho de Consumo. No. 8. 2013, p. 231.

¹¹⁶ La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica, Revista CESCO de Derecho de consumo en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>.

jurisprudencial muy articulado, para analizar la aplicación de la pérdida de oportunidad estudiada desde los daños personales producidos en el ámbito médico o responsabilidad médica.

En efecto, es importante resaltar que esta teoría sigue ganando importancia, en varios países, un ejemplo de ello es el sistema judicial europeo¹¹⁷ y los tribunales de derechos humanos¹¹⁸, lo que permite concluir que es una figura netamente de raigambre judicial.

Ahora bien, para Samuel Yong, esta teoría fue cobrando más importancia y extendiéndose a otros ordenamientos, como las organizaciones europeas e internacionales¹¹⁹, es por ello, que autores como el profesor Medina Alcoz referentes en el tema, señalan:

¹¹⁷ Un tribunal de la Unión Europea reconoció por primera vez la pérdida de oportunidad en 1993 a propósito de un funcionario cuya oportunidad de promoción se frustró por una evaluación tardía: Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, 17 de marzo de 1993, p. 287 y 299: "La clasificación con retraso de un informe de calificación en el expediente personal de un funcionario constituye un comportamiento lesivo, si el funcionario no ha contribuido notablemente a este retraso (...) Tal retraso da derecho a la reparación del perjuicio moral irrogado al funcionario cuyas posibilidades de ser promovido o trasladado a distintas plazas vacantes se vieron afectadas debido a que el informe de calificación no figuraba en su expediente personal en el momento de examinarse su candidatura"... La Comisión Europea rechazó ilegalmente el reclutamiento de agentes temporales en el seno de una empresa de la comunidad europea cuyo objeto era el desarrollo de la energía nuclear. El Tribunal condenó al demandado en aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad e hizo uso para su tasación de diversos criterios como lo son la progresión media de las remuneraciones, las posibilidades de ascenso, montos de impuestos, entre otros. ii) CJCE, 21 de febrero del 2008, *Commission c/ Girardot*, aff. C-348/06, p. 833. El Tribunal aceptó la pérdida de oportunidad en el terreno específico del contencioso de la función pública y el cual constituye a la luz del artículo 270 TFUE un daño indemnizable real y cierto. Asimismo, aceptó que tal daño tiene carácter material. Se trataba de una trabajadora contratada como agente temporal, que fue excluida de un concurso por falta de cumplimiento de los requisitos (...)" Cita tomada del texto: *Revista Responsabilidad Civil y del Estado* No.33, 2013. Artículo "La pérdida de oportunidad ("chance") en el derecho francés de la responsabilidad civil", CHABAS, François. p. 24-25.

¹¹⁸ La Corte Europea de Derechos Humanos ha exigido la existencia de un vínculo de causalidad entre la violación de un derecho estipulado en la Convención y la demostración del daño. A propósito de un caso de violación del derecho a un juicio justo previsto en el artículo 6-1 de la Convención, se declaró la responsabilidad estatal y se reconoció que el recurrente tenía derecho a una solución justa: "la sola base a retener para el reconocimiento de una satisfacción justa reside (...) en el hecho de que el recurrente no pudo acceder a las garantías previstas por el artículo 6" y aunque "en absoluto no se podría especular sobre la solución del pleito (...) no es irracional pensar que el interesado sufrió una pérdida de oportunidades" Cita tomada del texto: *Revista Responsabilidad Civil y del Estado* No.33, 2013. Artículo "La pérdida de oportunidad ("chance") en el derecho francés de la responsabilidad civil", CHABAS, François. p. 25.

¹¹⁹ Yong. Samuel (2011). *Pérdida de oportunidad*, Centro de Investigaciones Francisco de Vitoria Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás. Bogotá – Colombia. Recuperado de: http://numanterioresviei.usta.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=219:perdida-de-oportunidad&catid=67:decimo-segunda-edicion-reflexiones-demicas&Itemid=161

“La teoría ha circulado horizontalmente, penetrando otros muchos ordenamientos nacionales (Australia, Bélgica, Holanda, Italia, Argentina, entre otros); y verticalmente, alcanzando a organizaciones europeas e internacionales de diverso signo (Consejo y Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; Tribunal Europeo y Corte Interamericana de Derechos Humanos; Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado - UNIDROIT-; Academia de Jusprivatistas Europeos; Grupo Europeo que, después de identificarla a través del método comparado, la han recogido o aplicado en algunos de sus instrumentos (Art. 2.7 Directiva 92/13/CE y jurisprudencia comunitaria; sentencias en materia de derechos humanos; Art. 7.4.3 Principios UNIDROIT; Art. 163 Parte General del Código Europeo de Contratos; Art. 3:106 Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil)¹²⁰.

Contrario a lo que sucedió en Francia y en parte de Estados Unidos, en países como Alemania, Austria, Dinamarca, Finlandia, Noruega, Suecia y Suiza, no se aplicó la teoría de la pérdida de oportunidad en la jurisprudencia, por considerar que esta no es susceptible de reparación¹²¹; incluso en los Estados Unidos, país pionero en el tema, sólo en algunos estados aceptaban la teoría y exclusivamente para casos relacionados con responsabilidad médica.¹²²

3. EL DAÑO EN LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

El sintagma *“pérdida de oportunidad”* (también *“perdida de una oportunidad”*, *“pérdida de oportunidades”*, *“oportunidad perdida”*), es la expresión española que se emplea usualmente en el ámbito de la responsabilidad civil para hacer referencia al daño que sufre quien ve comprometida una posibilidad real de obtener un beneficio o evitar un menoscabo¹²³.

¹²⁰ MEDINA ALCOZ, Luis, Cit., p.181.

¹²¹ MEDINA ALCOZ, Luis, Cit., p. 138.

¹²²Yong. Samuel (2011). Pérdida de oportunidad, Centro de Investigaciones Francisco de Vitoria Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomas. Bogota – Colombia. Recuperado de http://numanterioresviei.usta.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=219:perdida-de-oportunidad&catid=67:decimo-segunda-edicion-reflexiones-ademicas&Itemid=161

¹²³ MEDINA ALCOZ, Luis. Op. Cit., p. 55.

Es decir, se habla que la desaparición de esa oportunidad puede ser debida a causas naturales o al hecho de un tercero, y de aquí la importancia del estudio establecer el nexo causal que ocasionó el daño y su responsabilidad para que haya lugar a una función resarcitoria, entendida esta como aquella que tiene como fin primordial la reparación en todo su sentido.

De esta manera, se puede evidenciar que la cuantificación del daño se establece a partir del impacto que causó éste en el sujeto pasivo con ocasión del hecho jurídico calificado como dañoso. *“Por tanto, la culpa del agente no es una condición sine qua non dé la frustración del resultado esperado”*¹²⁴.

Para Javier Tamayo Jaramillo, deben existir tres condiciones para hablar de pérdida de oportunidad: de un lado, que realmente haya existido la pérdida de la oportunidad; del otro, que esa pérdida de la oportunidad, sea por sí sola, un daño cierto para el demandante; y finalmente, que no haya certeza sobre la entidad o cuantía del daño cierto causado sin duda alguna, por dicha pérdida, pues aunque sea posible, no es seguro que de no haber existido la culpa del demandado, el demandante hubiera obtenido el beneficio pretendido, o evitado el daño que buscaba evitar¹²⁵.

De otra parte, Pinzón Muñoz afirma que dentro de la literatura jurídica existe ya acuerdo respecto de que la pérdida de una chance es un daño cierto, para autores como él esto ya no es objeto de discusión. Sin embargo, existen ejemplos clásicos que ha puesto en vilo la coherencia de esta teoría, en la medida en que no da explicación suficiente en todos los eventos en que sea aplicable. De otro lado como propone Tamayo Jaramillo¹²⁶ considera que, en definitiva, la aceptación de la figura tiene como premisa fundante la prueba suficiente respecto de la cual “se

¹²⁴ Tomado de la Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección A, Exp. 19360, del 08 de junio de 2011, M.P. Hernán Andrade Rincón.

¹²⁵ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Editorial Revista Responsabilidad Civil y del Estado No.40, 2017. Artículo “La pérdida de oportunidad en la responsabilidad médica, un falso problema” 2017, p. 19.

¹²⁶ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. T. II. Bogotá: Editorial Legis. 2009, p. 357.

*perdió una oportunidad estimable y razonada de obtener un provecho, justificación suficiente para que se asimile esa pérdida de chance a un daño cierto*¹²⁷”.

En el terreno de las “*chances*”, queda patentizado que para ser daño jurídico no es necesaria la vulneración de un derecho subjetivo, sino la mera esperanza probable de obtener un beneficio o lucro, esperanza que de por sí, no significa un derecho a reclamar algo a alguien, “*puesto que aún no se ha concretado una facultad de obrar de esa manera, sino tan sólo la frustración de la posibilidad de lograr consolidar la adquisición de un bien jurídicamente protegido*”¹²⁸.

Es así, como lo enuncia Medina Alcoz, que existen acontecimientos que son propicios al daño por pérdida de oportunidad porque el operador jurídico, “al tratar de adivinar cuál habría sido su concreto derrotero, como si no lo hubiera entorpecido el hecho ilícito, suele encontrarse la dosis de aleatoriedad o incertidumbre características de las situaciones de pérdida de oportunidad, a caballo entre la certeza de que existe nexo causal y la certeza de lo contrario”¹²⁹.

En estos casos, se pone de precedente que hay que tener en cuenta que la oportunidad desaparecida tenía un valor y que ese es justamente el que debe ser restablecido. De esta manera, se concluye que la pérdida de oportunidad también constituye un bien jurídico susceptible de ser resarcido, sin dejar de lado los múltiples inconvenientes que han dificultado su aplicación.

El daño puede ser definido entre otros como un fenómeno físico con componentes jurídicos para su estudio, es decir, susceptible de ser calificado jurídicamente debido a sus resultados. De esta forma, se puede afirmar que el daño tiene efectos jurídicos, de ahí su interés para el mundo del derecho, debido a sus

¹²⁷ PINZÓN MUÑOZ, Carlos Enrique. La Teoría de los daños y la cuantificación de los perjuicios dentro de la responsabilidad extracontractual del Estado, Editorial Biblioteca jurídica Diké. 2013, p. 64.

¹²⁸ Ibidem

¹²⁹ MEDINA ALCOZ, Luis. Op. Cit., p. 64

exigencias probatorias y la manera como se debe proceder a su indemnización, es por ello la importancia de establecer la consecuencia a su ocurrencia.

Así mismo, es importante señalar que en un proceso de responsabilidad, el daño es el primer elemento a estudiar, todo depende del elemento de la responsabilidad que se quiera hacer prevalecer, tal y como lo señala la jurisprudencia colombiana, en mayor medida en la anterior a la Constitución 1991, ha sostenido con insistencia que para que se declare la responsabilidad es menester que se presenten en forma concurrente una falla del servicio, un daño y una relación de causalidad entre uno y otro¹³⁰. Hoy en día el enfoque ha cambiado, porque la falla del servicio no se plantea necesariamente como un requisito de la responsabilidad¹³¹.

Como se puede anotar la jurisprudencia colombiana, invocando el texto del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, ha sido enfática en afirmar que “el legislador tiene establecido que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”¹³², tal y como ocurre en el “*derecho francés*”¹³³, en el cual la acción de responsabilidad no prospera cuando no se cumple con la carga que impone el mencionado artículo¹³⁴.

¹³⁰ Consejo de Estado col., Sección Tercera, 24 de septiembre de 1993, C.P.: Dr. Suarez Hernández, actor: Arturo Acosta Saravia, exp.8298: “Como bien lo recuerda el señor Procurador Décimo Delegado ante esta Corporación, para que la acción de reparación directa sea viable, es indispensable el acreditamiento (sic) legal y oportuno de tres elementos axiológicos, a saber: falla o falta del servicio; daño en el patrimonio económico o moral del demandante y, relación de causalidad entre éste y aquélla; lo ha reiterado insistentemente esta Sala que al no encontrarse probada cualquiera de estas tres circunstancias, las pretensiones deberán negarse”.

¹³¹ Consejo de Estado - Sección Tercera, 9 de julio de 1992, C.P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Jorge Rueda Ardila, exp. 7078:” Utilizando la nueva terminología que trae la carta constitucional en su artículo 90, se deben probar: a) la acción o la omisión o sea la conducta que se afirma causó el perjuicio a una persona; b) que esa conducta es imputable a una autoridad pública (la administración en sentido genérico); y c) que esa conducta sea imputable a la administración produjo un daño o un perjuicio a quien no tenía por qué soportarlo”; 16 de abril de 1993, C.P.: Dr. Montes Hernández, actor: Carlos Anillo, exp. 7124: “La responsabilidad patrimonial del Estado se declarará, siempre que concurren los siguientes elementos: un hecho dañoso imputable a la administración, un daño sufrido por el actor, que para efectos es quien los alega, y un nexo causal que vincula a estos; dicha causa es esencial para concluir que el daño es consecuencia directa del hecho atribuido a la administración”.

¹³² Consejo de Estado - Sección Tercera, 12 de febrero de 1992, C.P.: Dr. Montes Hernández, actor: Guillermo Enrique Benítez Arteaga, exp. 7177.

¹³³ Consejo de Estado fr., 18 de marzo de 1963, Le Pettre, Rec., table, p. 958.

¹³⁴ Consejo de Estado col., Sección Tercera, 18 de abril de 1994, C.P.: Dr. Montes Hernández, actor: Nelson Cuevas Ramírez, exp. 9338. Ver en similar sentido: 12 de septiembre de 1996, C.P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Sociedad Arias Beltrán y Cía. Ltda., Exp. 9084: “No apareciendo acreditado el daño sufrido por la sociedad demandante, no puede entonces accederse a las peticiones incoadas en el libelo. Todo lo anterior, con apoyo

Pero a este punto autores como Gil Botero, señalan que la pérdida de oportunidad no puede analizarse con la perspectiva del daño, puesto que no constituye un daño autónomo (las oportunidades restadas), sino que constituye un elemento para aligerar el curso causal, sirve como instrumento para establecer la indemnización a partir de los porcentajes que científicamente estén acreditados en el proceso judicial, en los cuales se hayan disminuido los “chances” de recuperación¹³⁵.

Es decir, se debe entender la pérdida de oportunidad como una lesión autónoma, en la que el juez juega un papel determinante y en la que con ayuda de elementos probatorios y procesales, éste cuantifica la magnitud del daño sufrido por la víctima, pero que visto desde una perspectiva objetiva, la certeza entre el daño sufrido y la indemnización serían arbitrarias, pues no se podría aseverar es decir establecer una ausencia total de duda, el daño que se produjo y los perjuicios ocasionados a la víctima, solo con juicios de valor emanados por el juez, pues no sería dable afirmar que a partir de dichos juicios, acompañado de la doctrina y la jurisprudencia, establecer que el juez estaría fallando en total equidad.

Los daños que en ciertas ocasiones se causan por la naturaleza misma del bien lesionado y son imposibles de ser separados; piénsese, por ejemplo, en los perjuicios morales o fisiológicos permanentes pues, en tales casos lo que opera realmente es un desagravio, satisfacción o compensación¹³⁶. Sin embargo y expuesto lo anterior, el daño puede definirse como un perjuicio que puede derivar del incumplimiento del contrato, o de la lesión causada a través de acciones u

en el principio de la carga de la prueba, la cual correspondía a la demandante según los hechos fundamentales de su demanda; principio según el cual correspondía a la demandante según los hechos fundamentales de su demanda; principio según el cual le incumbe a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (art. 177 del C. de P.C.)”; ver aún: 18 de abril de 1996, C.P.: Dr. Montes Hernández, actor: Nelson Cuevas Ramírez, Exp. 9338; 20 de octubre de 1996, C.P.: Dr. Carrillo Ballesteros, actor: Marcos Rey, Exp. 11337.

¹³⁵ Ibidem.

¹³⁶ VELÁZQUEZ POSADA, Obdulio. Responsabilidad Civil Extracontractual, Bogotá D.C. Ed. Temis S.A., p. 331.

omisiones que tengan como base una intención de dañar.¹³⁷ Modernamente, se incluyen también aquellos daños ocasionados o que sean consecuencia del ejercicio de actividades que provocan un riesgo como, por ejemplo, los producidos por actos médicos, los cuales ya se han enunciado líneas atrás.

Ahora bien, para Gherzi, Rosello e Hise, “*el daño no se diferencia entre no reparable y reparable que conforma las categorías de dañado y damnificado; la diferencia reside en que este último posee la acción o, en otros términos, está legitimado para accionar*¹³⁸”. Así mismo, la *distribución de riesgos*¹³⁹ en la sociedad implica que tanto ésta como cada individuo están dispuestos a asumir una cuota de riesgo a su costa, es decir, el daño no reparable.

Edgar Cortés señala que, considerar la integridad psicofísica como la parte esencial de la persona, como aquello que le es más inherente, significa poner al “*bien salud*” en el centro de la problemática del resarcimiento de los daños a la persona en general. A su juicio, el derecho a la salud, como bien tutelado por las normas constitucionales, hace que los demás intereses merecedores de protección giren para los efectos de una posible tutela resarcitoria, en torno a él.

¹³⁷ ENCARNA ROCA Trías y NAVARRO Michel Mónica. Manuales de Derecho de Daños. Ed. Tirant lo Blanch, 2011.

¹³⁸ GHERZI, Rosello y Hise. Derecho y reparación de daños, Buenos Aires, Ed. Universidad, 1999, p. 27.

¹³⁹ Douglas, Mary: La aceptabilidad del riesgo según las ciencias sociales, pág. 47:” Los ingenieros se sentían impacientes con las ciencias sociales. Los métodos utilizados en la tecnología para la identificación y evaluación del riesgo podrían extenderse a cuestiones de aceptabilidad social (Starr, 1969; Farmer, 1981). El riesgo – beneficio era un método para interpretar el consenso contemporáneo sobre valores sociales. Starr, tomando de la economía el término “preferencia revelada” y buscando el origen de la actual distribución de riesgos a través de muchas actividades, pretendía mostrar que lo que es tolerado puede ser considerado como una distribución tolerable. Su primer ejercicio produjo algunos conceptos interesantes: 1) el concepto de límites de aceptabilidad: la aceptabilidad del riesgo aumenta con el incremento de los beneficios dentro cierta escala; 2) niveles naturales de riesgos: parece que el público ignora riesgos situados por debajo del nivel de los riesgos naturales; 3) los riesgos corridos de forma voluntaria son tolerables muy por encima del nivel natural de enfermedad, pero rara vez los corridos de forma involuntaria; 4) la distinción entre riesgos críticos y catastróficos. Este artículo original y de gran influencia en la evolución de nuevas ideas, que sentó los términos iniciales de la discusión de la percepción del riesgo, suscitó controversia sobre cómo los datos sostenían los análisis estadísticos” (Ed. Paidós; Barcelona, 1996).

De otro lado, es importante señalar que la legislación, la doctrina y la jurisprudencia han caracterizado al daño reparable como cierto, esto es obedecido a la definición de lesión, “como un derecho o interés legítimo con impacto en otro”¹⁴⁰.

Según Gherzi, la idea central se basa en que todo daño es a la persona; dentro de ello, pueden verse afectados sus derechos económicos llamados patrimoniales también (tienen que ver con el homo economicus, con la aptitud en sí misma para generar recursos y con la riqueza generada, como acumulación y capitalización)¹⁴¹, o bien la agresión puede dirigirse a los valores extraeconómicos del ser humano, ubicados estos últimos dentro de los perjuicios extrapatrimoniales.

Por lo anterior y una vez analizada la importancia de la responsabilidad, se hace necesario el abordaje de sus elementos estructurales (daño e imputación)¹⁴², en la administración pública ya sea por acción u omisión, desde la observancia del Consejo del Estado.

4. REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

En este punto se procederá a tratar la problemática de la reparación integral desde la aplicación de la pérdida de oportunidad, sobre el particular el profesor Domenico Chindemi, citado por Hugo Arenas Mendoza, estableció:

“La pérdida de chance constituye un daño actual que se identifica no con la pérdida de un resultado útil sino con la pérdida de la posibilidad de conseguirlo y necesita, para tal fin, que sean cumplidos presupuestos concretos para la realización del resultado esperado, o sea una probabilidad de éxito mayor al 50% estadísticamente valorable por medio de un juicio pronóstico ex ante según el id quod plerumque accidit sobre base de elementos aportados por el lesionado”¹⁴³

¹⁴⁰ ZANNONI, Eduardo. El daño en la responsabilidad civil, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1982, pág. 21.

¹⁴¹ GHERZI, Carlos A. Buenos Aires, Ed. Astrea, 1998, pág. 68.

¹⁴² ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. Un siglo de jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de responsabilidad extracontractual, Ed. Ibáñez, 2015, p. 190-227.

¹⁴³ ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés, El régimen de responsabilidad subjetiva, Ed. Legis, 2014 p. 347

En este orden de ideas dice Gherzi, la indemnización por pérdida de “chance” no se identifica con la utilidad dejada de percibir, sino que lo resarcible es la “chance” misma, la que debe ser apreciada judicialmente según el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta, sin que pueda nunca identificarse con el eventual beneficio perdido¹⁴⁴.

Pinzón Muñoz, con apego a la propuesta argumentativa de la teoría que se viene estudiando, señala que la aplicación de la pérdida de oportunidad tiene lugar cuando el rasero base permite afianzar una probabilidad cercana a la certeza, como ocurre cuando a la víctima se le dictamina una merma de la capacidad laboral superior al 50 por ciento, donde la lógica, además de la ley, indican que la indemnización debe ser plena, pues la probabilidad no depende exclusivamente de la ponderación matemática, sino de sus verdaderas consecuencias, esto es el perjuicio, con miras hacia el futuro¹⁴⁵.

Ahora bien, contrario a esto como lo afirma Tamayo Jaramillo¹⁴⁶, respecto a la falta de certeza sobre el porcentaje de probabilidad que la víctima tenía hacía el futuro este no puede ser un obstáculo para que el juez otorgue el perjuicio, en la medida en que el mismo está demostrado, y solo es su cuantificación la que no ha quedado establecida, punto oscuro que debe ser cubierto por los criterios lógicos y auxiliares, como la equidad; además, en el caso colombiano, bajo la aplicación material del principio de reparación integral (art. 16 Ley 446 de 1998). Sobre el tema, resulta atinente uno de los pronunciamientos de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, nótese:

“En efecto, ante la configuración de excepcionales circunstancias fácticas que imposibiliten o hagan en extremo difícil deducir un

¹⁴⁴ GHERSI, Carlos Alberto. Teoría de la reparación de daños, Ed. Astrea p. 516

¹⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de enero de 2004, Exp. 18273 (1); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo.

¹⁴⁶ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Cit. p. 359

equivalente exacto entre el monto de la indemnización y el daño material padecido por las víctimas y por cuanto “dicho monto no viene a desempeñar, en la generalidad de los casos sino la función de satisfacer, en frente de los beneficiarios, cierto bienestar que reemplace al que fue arrebatado por la muerte de una persona”, se colige, siguiendo otros precedentes jurisprudenciales, que la simple dificultad de tipo probatorio, per se, no puede cerrar el paso a la merecida indemnización (...).”¹⁴⁷

Como ya se ha venido mencionado, la reparación integral como principio de larga tradición jurídica fue recogida como mandato claro en la Ley 446 de 1998 y su aplicación ha venido teniendo significativas implicaciones en la jurisprudencia nacional¹⁴⁸, y en la doctrina¹⁴⁹.

En materia de reparación del daño material provocado por la muerte de la víctima, el valor de la vida humana no resulta apreciable con criterios exclusivamente económicos, pues tal concepción materialista debe ceder frente a una comprensión integral de los valores, materiales y espirituales, unidos en forma inescindible en la vida humana y a cuya reparación debe tender la justicia. A tal fin deben considerarse las circunstancias del caso como la edad de la víctima, trabajo, ayuda que prestaba a los padres, monto de sus remuneraciones¹⁵⁰.

Así las cosas, la pérdida de una oportunidad no tendría ninguna aplicación en los casos donde pueda emplearse la teoría del todo o nada, quedando para aquellos

¹⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de octubre de 2004. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

¹⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, 10 de septiembre 1998, exp. 12009 señaló: “en aplicación del principio tutelar del derecho de daños, que enseña que se repare el daño, todo el daño, pero nada más que el daño, tiene derecho a una reparación integral del perjuicio experimentado como consecuencia del daño antijurídico a ello irrogado”.

¹⁴⁹ SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo, Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI, Bogotá D.C., Ed. Diké, 2009, pág. 121.

¹⁵⁰ (C2a CC La Plata, Sala II, 22/5/85, Montorro, Salvador y otro c/Miranda, Oscar R. y otro”, L.L., 1985-C-319, con nota de Carlos Alberto Ghersi).

eventos de incertidumbre causal, es decir, para las situaciones no cobijadas por aquella teoría, en atención a que las probabilidades de causalidad, si bien son insuficientes para dar por cierto el daño causado, no pueden ser descartadas, por razones de justicia para responsabilizar y obligar, bajo la teoría de la pérdida de oportunidad, al pago de una indemnización parcial dado el grado de probabilidad causal sustancial existente, es decir que esta se puede resolver acudiendo a las reglas de la matemática, la estadística y la lógica según el evento o, a las reglas de clausura en caso de dudas resultantes de un cálculo de probabilidades confusas o poco concluyente (principio *pro damnato* y la carga de la prueba)¹⁵¹.

Sin embargo, es preciso indicar que respecto a la teoría del “*todo o nada*”, que rechaza la posibilidad de indemnizar perjuicios bajo la aplicación de la teoría de pérdida de un chance por considerar que va en contravía del fundamento mismo de la responsabilidad civil, al permitir el reconocimiento de indemnizaciones en supuestos a los que les falta un requisito, el cual es el hecho dañoso, sin ningún trazo de duda, el que haya provocado el perjuicio¹⁵², de igual manera, frente a la anterior expresión, existen teorías positivas sobre la pérdida de oportunidad las cuales no son congruentes con los eventos que quieren reglar, e ignoran la realidad y por esto llegan a soluciones erróneas, como otorgar una indemnización sin que haya nexo causal que la justifique, o, en casos donde este nexo causal existe, consentir que una indemnización sea parcial cuando debería ser total¹⁵³.

Bajo esa comprensión, retornando al punto central, la teoría de la pérdida de oportunidad, pese a aceptar implícitamente la incertidumbre menor del hecho que generará el perjuicio, ofrece una solución equitativa bajo la postulación en el sentido de que la probabilidad mayor de ocurrencia anula ese resquicio de duda de que no

¹⁵¹ Yong. Samuel (2011). Pérdida de oportunidad, Centro de Investigaciones Francisco de Vitoria Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomas. Bogotá – Colombia. Recuperado de http://numanterioresviei.usta.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=219:perdida-de-opportunidad&catid=67:decimo-segunda-edicion-reflexiones-ademicas&Itemid=161

¹⁵² Medina Alcoz Luis. La Teoría de la Pérdida de Oportunidad, Madrid, Ed. Thomson Civitas p. 325A.

¹⁵³ WALLACE, Brie D. (2009). Poor Policy Stunts Tennessee Tort Law Again: The Need for Tennessee's Adoption of the Loss of Chance Doctrine in Medical Malpractice Litigation. University Of Memphis Law Reviv. Volumen 40. p. 215.

se produzca finalmente el hecho provocador del daño. En materia de responsabilidad médico – sanitaria, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha propiciado con mayor arraigo la consagración de esta herramienta jurídica. Con todo, en la realidad jamás podrá medirse con exactitud esa probabilidad, por lo que la medida y la razón son el conducto a través del cual el juez debe ponderar su concreción monetaria, espacio en el que, se insiste, no tiene cabida negar el perjuicio bajo el prurito de no conocer exactamente la proporción de la pérdida de la chance que se estudia¹⁵⁴.

La teoría de la pérdida de oportunidad como se ha venido explicando garantiza una indemnización a la víctima cuando no puede acreditarse que la pérdida de una determinada ventaja se enlaza estrictamente con el hecho ilícito, si las probabilidades de que hubiera conseguido la ventaja no eran desdeñables. Se trata, en definitiva, de una teoría que extiende la tutela resarcitoria a una serie de supuestos en los que la causalidad es solo posible o probable pero no cierta o segura; la pérdida de oportunidad queda, pues, acotada entre dos extremos, uno negativo y otro positivo, constituido el primero por la nula probabilidad que comporta una mera posibilidad, y constituido el segundo por una alta probabilidad que se convierte en razonable certeza. En el primer caso, no hay pérdida de oportunidad porque se tiene la certeza de que no hubo nexo causal; y en el segundo caso, tampoco, pues hay la seguridad relativa de que la pérdida de la ventaja final derivó del hecho ilícito¹⁵⁵.

El hecho de reparar el derecho lesionado se expresa mediante diversos términos: reparar, restituir, indemnizar, compensar, que no siempre son sinónimos. Si bien todos los términos utilizados para hablar del fenómeno resarcitorio son en alguna medida sinónimos, en sentido estricto no lo son; por ejemplo, la reparación supone un concepto más amplio que de alguna manera abarca tres formas: 1ª)

¹⁵⁴ PINZÓN MUÑOZ, Carlos Enrique. La Teoría de los daños y la cuantificación de los perjuicios dentro de la responsabilidad extracontractual del Estado, Editorial Biblioteca jurídica Diké. 2013, p. 68

¹⁵⁵ MEDINA ALCOZ, Luis. Cit., 79 y 81.

componer el daño o perjuicio que ha sufrido en lo material o patrimonial; 2ª) desagraviar o satisfacer al ofendido, y 3ª) evitar un daño o perjuicio¹⁵⁶”.

De otro lado, en cuanto a la reparación del daño que debe ser entendido como un principio de aspiración, de modo que el juez debe procurar alcanzarlo en la medida de lo posible, es decir, colocar al damnificado en el mismo estado en que habría encontrado, si no hubiese mediado el hecho dañoso¹⁵⁷.

Por ello, la reparación debe ser integral, porque si bien los principios de reparación del daño enseñan que se debe indemnizar el daño causado, todo el daño causado y nada más que el daño causado, desde una perspectiva ontológica, la reparación del daño no siempre es posible y, por tanto, lo que aspira la indemnización, generalmente en dinero, es dar una cifra equivalente o proporcional al perjuicio sufrido¹⁵⁸.

Si en los perjuicios, patrimoniales la integralidad de la reparación es difícil, en el caso de los daños extrapatrimoniales la función del dinero es más compensatoria que reparadora y difícilmente puede decirse que pone a la víctima en las mismas circunstancias anteriores al hecho dañoso. Decimos que debe tender a ser integral, porque el mandato legal y el principio del derecho de daños exigen al juez buscar esta finalidad siempre en la medida de lo humanamente posible¹⁵⁹.

En ese sentido, López Cabana sostiene que el principio de la reparación integral se ha criticado con razón, pues “*no siempre sucede que la totalidad del daño sea enjugado con la indemnización consiguiente*¹⁶⁰. Adicionalmente, la reparación integral no se puede cumplir en los casos, bastante frecuentes, en el que el derecho

¹⁵⁶ GHERSI, Carlos Alberto. Teoría General de la reparación de daños, Buenos Aires – Bogotá, Ed. Astrea-UR. p. 31.

¹⁵⁷ ALPA, Guido. Nuevo tratado de la responsabilidad civil. Lima, Ed. Juristas, 2006, pág. 782.

¹⁵⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil, Tomo I y II, Bogotá, Editorial Legis, 2007, p. 542 y ss.

¹⁵⁹ VELÁSQUEZ POSADA. Cit., p.332.

¹⁶⁰ ALTERINI ATILIO Anibal y LÓPEZ CABANA, Roberto. Temas de responsabilidad civil, Buenos Aires. Ed. Ciudad Argentina, 1995, p. 133.

*y la literatura jurídica permiten indemnizaciones mayores al daño causado e incluso casos en que la reparación es menor al daño probado*¹⁶¹.

Pero como lograr que el daño sea reparado integralmente y que la víctima o sus familiares queden como si tal daño no hubiese existido, este es el caso que nos ocupa como lograr tal premisa, para ello la Corte Constitucional colombiana ha dicho: *“el resarcimiento del perjuicio debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, mas no puede superar ese límite”*.¹⁶²

Para dar un derecho justo a cada uno, existe una regla de oro que vale la pena traer en cita y la cual se apoya en un principio general del derecho: “si el daño se indemniza por encima del realmente causado se produce un enriquecimiento sin justa causa a favor de la “víctima”, si el daño se indemniza por debajo del realmente causado, se genera un empobrecimiento sin justa causa para la víctima¹⁶³”.

Esta regla de oro del derecho de daño debe estar muy presente al momento de resarcir los daños causados a una persona, es decir la víctima, pero en la práctica esta regla no es muy usada, pues a diario se ve como como está reparación queda al arbitrio del legislador.

¹⁶¹ López Cabana en Velásquez Posada. Responsabilidad civil extracontractual. (...) López Cabana señala como desacierto “seguir ateniéndose al mito de la reparación integral. Atenerse al “principio de la reparación integral del daño”- como lo ha hecho la Comisión – significa entender la reparación integral en solo una de sus acepciones, la de reparación total, esto es la de todo el daño, lo cual no resulta posible: lo integral, en el caso, es la reparación en otra de sus acepciones, la de reparación global, vale decir, la que “toma en conjunto” a los daños que el sistema admite como reparables; se trata en realidad de la reparación plena. Pero en la plenitud propia de cada uno de los ordenamientos jurídicos singulares, porque los sistemas tienen sus reglas específicas para asignar responsabilidad a uno o a otro sujeto; para excluir el derecho a la reparación, en el todo o con relación a ciertos daños; para negar legitimación a algunas víctimas; para modular los factores de atribuciones y las causas de responsabilidad; para morigerar la reparación etc.”.

“esa quimérica expresión, en verdad, nada quiere decir. Desde el punto de vista de la teoría jurídica, “la concepción relativista tiene razón: El absoluto no es de este mundo”. Reparar de manera integral es una aspiración de máxima: Debe repararse todo el daño. Pero no siempre sucede que la totalidad del daño sea enjugado con la indemnización consiguiente. No debería perderse de vista que el propia Código Civil limita la indemnización (es decir, no concede reparación plena) en supuestos como los de la cláusula penal, porque “el acreedor no tendrá derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente” (art. 655), o de las obligaciones dinerarias, en las cuales la responsabilidad del deudor consiste en el pago de “los intereses” (art. 621)”. LOPEZ CABANA, La responsabilidad civil en la XIII Conferencia Nacional de Abogados (“Reforma al derecho privado. Homenaje al 200º Aniversario del nacimiento de Dalmacio Vélez Sársfield”), Organizada por la Federación Argentina de Colegios de Abogados, del 6 al 8 de abril de 2000.

¹⁶² Corte Constitucional, 20 de mayo de 1993, Sentencia C-197: estudia la constitucionalidad de normas de asistencia a las víctimas de atentados terroristas.

¹⁶³ HENAO, Juan Carlos. Cit., pág. 45.

A este punto, vale la pena mencionar que en los ejemplos que hemos venido mencionando a lo largo de este capítulo los demandantes no estaban seguros de ganar el premio, pero no es menos cierto que algunos hechos los privaron de una oportunidad cierta de obtener lo que anhelaban, así es oportunidad fuera remota. El daño cierto es la pérdida de la oportunidad, y es claro que esa oportunidad se perdió por culpa del demandado. Se ha concluido entonces por la jurisprudencia apoyada por la doctrina,¹⁶⁴ que, en casos como los anteriores, el causante culposo de esa pérdida debe responder parcialmente, por el equivalente al porcentaje de probabilidades perdida por el demandante. Generalmente, desde entonces se ha dejado al arbitrio del juez, calcular dicho porcentaje de acuerdo con las circunstancias de cada hecho en particular.¹⁶⁵

Por lo anterior, no cabe duda, que la doctrina de la pérdida de oportunidad es lógica, razonable y equitativa. Con todo, el avance de la doctrina en mención se introdujo en el campo de la responsabilidad civil médica cuando no es posible probar el nexo causal entre la culpa del médico y el daño sufrido por el paciente, hasta el punto de que la gran mayoría de las sentencias y autores, la han aceptado, sin mayores cuestionamientos¹⁶⁶.

Sin embargo, para Javier Tamayo, esta teoría es una falacia, pues pretender que hay pérdida de oportunidad en el campo de la responsabilidad médica, por el simple hecho de que no sea posible demostrar el nexo causal entre la culpa del médico y el daño del paciente. En palabras del autor es que, sencillamente, frente a esa incertidumbre causal, casi que instintivamente, y por el indebido uso del

¹⁶⁴ CHABAS, François. La pérdida de una oportunidad, (chance) en el derecho francés de la responsabilidad civil, traducción de Fernando Moreno Quijano, Revista Responsabilidad Civil y el Estado. No. 33. Editorial Iarce, Medellín 2013. Cita tomada del texto: Revista Responsabilidad Civil y del Estado No.40, 2013. Artículo "La pérdida de oportunidad en la responsabilidad médica", un falso problema, Javier Tamayo Jaramillo. p, 16-17.

¹⁶⁵ Revista Responsabilidad Civil y del Estado No.40, 2013. Artículo "La pérdida de oportunidad en la responsabilidad médica", un falso problema. Javier Tamayo Jaramillo. p, 17.

¹⁶⁶ Ibidem.

lenguaje, se dice impropriadamente, que el médico le quito al paciente las oportunidades que tenia de curarse.¹⁶⁷

La progresión jurisprudencial en materia administrativa en Colombia ha oscilado entre diferentes posturas que admiten tanto la aplicación de una teoría jurídica de la pérdida de oportunidad en el derecho de daños -posición mayoritaria, como aquellas que la rechazan de plano y, por ende, niegan la posibilidad de que ante supuestos donde se presentan oportunidades cercenadas surja el débito resarcitorio -posición minoritaria y en desuso-. Al margen de esta tensión, la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁶⁸ se ha inclinado a declarar, después de haber abandonado la teoría del “todo o nada”, la responsabilidad del Estado cuando existe una probabilidad seria, cierta y razonable de que el daño no se hubiera concretado de haberse presentado la conducta correspondiente.

La jurisprudencia de esta Sala de Sección ha estimado que la pérdida de oportunidad constituye un daño de naturaleza autónoma, al considerar que “se ubica en el campo del daño – sin desconocer que por elementales razones guarda

¹⁶⁷ Ibidem.

¹⁶⁸ Aquí no se abordará la pérdida de oportunidad aplicada a casos de responsabilidad precontractual y contractual del Estado, ya que por tener unas connotaciones y dificultades merece un tratamiento y atención diferente: “La responsabilidad por la actividad contractual relacionada con la no adjudicación o adjudicación indebida de un contrato ha merecido de la jurisprudencia y de la doctrina distintas posturas, no siempre decididas y, por el contrario, casi siempre oscilantes, dubitativas y en muchas ocasiones regresivas. En el presente artículo, se hace un rastreo sobre la jurisprudencia del máximo tribunal de lo contencioso administrativo, el Consejo de Estado, al respecto, para identificar tres posturas básicas sobre el tema, con períodos también exactos. La primera posición jurisprudencial data de 1988. Reconoce una indemnización del ciento por ciento de la utilidad esperada con la consecuente indemnización por el daño emergente. La segunda posición fue adoptada en 1999 y determina que la indemnización ya no corresponde al ciento por ciento de la utilidad esperada. La tercera posición es del año 2002, en ella, el Consejo de Estado vuelve a la posición inicial de reconocer la indemnización por el ciento por ciento de la utilidad esperada” (RICO PUERTA, Luis Alonso, “Responsabilidad por la actividad contractual estatal derivada de la no adjudicación de un contrato o de su adjudicación indebida. Evolución jurisprudencia”, Revista Opinión Jurídica, V. 6, n.º 11, 11 Medellín, 2007. En algunos ejemplos relativamente recientes se observa que la pérdida de oportunidad en materia contractual oscila entre diferentes posturas: en unos eventos, en asuntos precontractuales, donde ilegalmente se declaró desierto un proceso de selección de contratista, se precisó que el proponente perdió la oportunidad injustificadamente de la adjudicación del contrato y se condenó por daño emergente: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 3 de mayo de 2013, rad. 23734, M.P. Danilo Rojas Betancourth. En otro de similares características, se indemnizó de modo proporcional el lucro del que se lo privó al proponente. V. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de octubre de 2012, rad. 22760, M.P. Olga Mérida Valle De la Hoz. Finalmente, en otro, donde se declaró la caducidad ilegal de un contrato, que le impidió al contratista contratar con el Estado por un determinado tiempo, se indemnizó por la totalidad del lucro cesante. V. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de julio de 2013, rad. 24464, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

estrecho vínculo con la relación de causalidad, -la causalidad existente entre el hecho imputable y el daño para estructurar la responsabilidad- y por lo mismo, resulta ser un perjuicio autónomo”¹⁶⁹

Así mismo, se reitera que el reconocimiento de la pérdida de oportunidad como daño autónomo corresponde a una línea jurisprudencial consolidada desde el año 2010 en esta Sección, desde la providencia citada en precedencia hasta la actualidad, en aquellos casos en los que cobra mayor fuerza la incertidumbre acerca del beneficio que pudo obtener la víctima, que la prueba del nexo causal entre la pérdida de oportunidad y la actuación de la Administración, razón por la cual, en el caso que se examina, dicha línea se acoge plenamente¹⁷⁰.

De esta manera, es importante distinguir que en los casos en los que se reprocha una acción estatal, para que sea efectivo el juicio de responsabilidad extracontractual es indispensable comprobar la relación de causalidad fáctica entre una acción u omisión y un daño, y que este último sea jurídicamente imputable a la entidad; en estos casos la relación causal es un presupuesto esencial¹⁷¹.

Dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que, si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio a actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento¹⁷².

¹⁶⁹ Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia de 27 de abril de 2011, Exp. 18.714. C.P. Gladys Agudelo Ordóñez; en ese mismo sentido, puede consultarse la sentencia dictada el 8 de junio del mismo año, Exp. 19.360. y la del 26 de enero de 2012, Exp. 21.726, ambas con ponencia del Dr. Hernán Andrade Rincón.

¹⁷⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencias del 14 de marzo de 2013, Exp. 25000-23-26-000-1999-00791-01(23632) y del 9 de octubre de 2013, Exp. 25000-23-26-000-2001-02817-01(30286) CP: Hernán Andrade Rincón; Subsección B, sentencia del 26 de junio de 2014, Exp. 25000232600020000215101, CP: Ramiro Pazos Guerreiro; Subsección C, sentencia del 10 de diciembre de 2014, Exp. 23001-23-31-000-2012-00004-01 (46107), CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁷¹ Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección B, del 08 de agosto de 2018, Exp. 45138, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

¹⁷² Consejo de Estado Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 11 de agosto de 2010, Exp. 18593, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

A pesar de las diversas teorías empleadas para explicar la pérdida de oportunidad, recientemente esta Subsección se ha pronunciado en el sentido de considerar que la postura que mejor se ajusta a dicho concepto es aquella que la concibe como un daño derivado de la lesión a una expectativa legítima¹⁷³, diferente de los demás daños que se le pueden infligir a una persona, como lo son, entre otros, la muerte (vida) o afectación a la integridad física, por lo que así como se estructura el proceso de atribución de estos últimos en un caso determinado, también se debe analizar la imputación de un daño derivado de una vulneración a una expectativa legítima en todos los perjuicios que de ella se puedan colegir, cuya naturaleza y magnitud varía en función del interés amputado y reclamado.

Así mismo, se reitera que el reconocimiento de la pérdida de oportunidad como daño autónomo el cual corresponde a una línea jurisprudencial consolidada desde el año 2010 en esta misma Sección, desde la providencia citada en precedencia hasta la actualidad, en aquellos casos en los que cobra mayor fuerza la incertidumbre acerca del beneficio que pudo obtener la víctima, que la prueba del nexo causal entre la pérdida de oportunidad y la actuación de la Administración, razón por la cual, en el caso que se examina, dicha línea se acoge plenamente¹⁷⁴.

¹⁷³ Esta Subsección en decisión reciente señaló que es posible aplicar la teoría de la pérdida de oportunidad a casos donde se vulneren expectativas legítimas: “El modo de reparación de daños antijurídicos derivados de vulneraciones a expectativas legítimas se debe enmarcar dentro de los parámetros de la oportunidad pérdida, siguiendo la premisa conocida del derecho de daños que circunscribe la indemnización de los perjuicios al daño, “solo el daño y nada más que el daño” a fin de evitar un enriquecimiento sin justa causa a favor de la víctima y no contrariar las reglas de la institución jurídica de la responsabilidad estatal: “el daño es la medida del resarcimiento”(…). //10.2.8.2.1. Teniendo en consideración que el daño se origina por la amputación de una expectativa legítima a la consolidación de un derecho, bien sea, en tratándose de una aspiración de obtener un beneficio o una ganancia -polo positivo-, o bien cuando la víctima tenía la aspiración de evitar o mitigar un perjuicio y, como consecuencia de la abstención de un tercero, dicho curso causal dañoso no fue interrumpido -polo negativo-, se debe declarar la responsabilidad del Estado y reparar dicha frustración de la expectativa legítima dentro de los presupuestos de la teoría de la pérdida de oportunidad cuyo monto dependerá de la mayor o menor probabilidad y cercanía de su ocurrencia”: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2015, rad. 22637, con ponencia de quien proyecta el presente fallo.

¹⁷⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencias del 14 de marzo de 2013, Exp. 25000-23-26-000-1999-00791-01(23632) y del 9 de octubre de 2013, Exp. 25000-23-26-000-2001-02817-01(30286) CP: Hernán Andrade Rincón; Subsección B, sentencia del 26 de junio de 2014, Exp. 25000232600020000215101, CP: Ramiro Pazos Guerreiro; Subsección C, sentencia del 10 de diciembre de 2014, Exp. 23001-23-31-000-2012-00004-01 (46107), CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Es decir, la teoría de pérdida de oportunidad en materia de responsabilidad médica permite ser utilizada como teoría causal,¹⁷⁵ en aquellos supuestos en los que no se pueda probar totalmente la existencia del nexo causal¹⁷⁶.

Por ello, se trata de una doctrina relacionada con la valoración del perjuicio real, con el valor del interés destruido, y con el requisito del nexo de causalidad (causalidad probabilística), es por esto que se indemniza, no el daño final, sino el porcentaje de oportunidad de recuperación¹⁷⁷.

¹⁷⁵ “Por esto creo que es hora ya de llamar las cosas por su nombre y situar la teoría de la pérdida de la oportunidad donde le corresponde: en la teoría de la causalidad, como subsistema de imputación probabilístico que funciona al lado del clásico y general del todo o nada”. MEDINA ALCOZ, Luís. “La responsabilidad proporcional como respuesta a la incertidumbre causal”, ob. Cit., p. 138. Citado por ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. Responsabilidad Objetiva, Editorial Legis, Bogotá, 2017, p. 252 -253.

¹⁷⁶ “La situación de incertidumbre en la que muchas veces se resuelve la especial dificultad probatoria del nexo causal conduce, en rigor, a declarar que no hay responsabilidad y con ello a denegar toda indemnización. En algunos casos, sin embargo, en concreto cuando se ha acreditado una probabilidad significativa del nexo causal, aunque no la suficiente para darlo por verdadero, esta denegación total de la indemnización produce sensación de injusticia”. GASCÓN ABELLÁN, Marina. La oportunidad perdida responsabilidad, causalidad probabilidad, ob. Cit., p. 115. Citado por ARENAS MENDOZA, Hugo Arena, Responsabilidad Objetiva, Editorial Legis, Bogotá, 2017, p. 252 -253.

¹⁷⁷ ASENSI PALLARÉS, Eduardo. La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica. Revista CESCO de Derecho de Consumo. No. 8, 2013, p. 232.

CAPÍTULO III

TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD MÉDICA Y SU APLICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SUBSECCIÓN A DEL CONSEJO DE ESTADO

INTRODUCCIÓN

Para comenzar, se debe advertir que se procederá a revisar la jurisprudencia correspondiente a los años de 1999 a 2018, la cual se dividió en subsecciones para su estudio pues, en nuestro país la jurisprudencia administrativa ha oscilado entre diferentes posturas que admiten tanto la aplicación de una teoría jurídica de la pérdida de oportunidad ya sea en el derecho de daños -posición mayoritaria-, como aquellas que en las que los rechazan de plano – posición minoritaria¹⁷⁸, sin embargo, para el desarrollo de esta trabajo no remitiremos a las que se fallaron con base en esta teoría de pérdida de oportunidad.

Ahora bien, en este capítulo se abordará la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad médica estatal de la Subsección A; la cual tiene sus inicios en el año 2000 hasta llegar al año 2018, en razón a que es en ese período a partir del cual se profiere el primer fallo de responsabilidad médica de esta subsección en la que se logra analizar y evidenciar el alcance del daño a la integridad de la persona desde la actividad médica.

Así las cosas, se logró un acercamiento a la aplicación y desarrollo de la jurisprudencia en materia de responsabilidad extracontractual, la cual aporta nuevos conceptos en relación con las prácticas u omisiones derivadas del ejercicio de la medicina que terminan en un daño objeto de reparación por parte del ente estatal.

¹⁷⁸ perdió la oportunidad injustificadamente de la adjudicación del contrato y se condenó por daño emergente: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 3 de mayo de 2013, rad. 23734, M.P. Danilo Rojas Betancourth. En otro de similares características, se indemnizó de modo proporcional el lucro del que se lo privó al proponente. V. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de octubre de 2012, rad. 22760, M.P. Olga Mérida Valle De la Hoz.

Los casos expuestos en este capítulo, estudiarán la pérdida de oportunidad desde la falla en el servicio, es decir, aquí se revisaron situaciones en las que el paciente perdió la posibilidad ya sea de curarse, o de sobrevivir, por el hecho de un tercero, es por ello que en unas ocasiones la pérdida de oportunidad se indemniza como un rubro independiente y en otras, únicamente en el perjuicio moral, y finalmente, en otras, se reconoce proporcionalmente respecto del daño final, incluyendo daño emergente, lucro cesante y perjuicio moral.

Finalmente, se mostrará de manera gráfica los cambios de los Magistrados Ponentes con el propósito de facilitar la lectura y mostrar los apartes jurisprudenciales por subsecciones, siguiendo la línea metodológica expuesta por Diego López.¹⁷⁹

CONSEJO DE ESTADO – SECCIÓN TERCERA			
SUBSECCIÓN	AÑO	MAGISTRADOS	ELEMENTO DE RESPONSABILIDAD
A	2000 - 2002	- María Elena Giraldo	-Pérdida de oportunidad /Nexo de causalidad, falencia administrativa -Pérdida de oportunidad / Daño antijurídico por falla en el servicio
	2011 - 2013	- Mauricio Fajardo	-Daño autónomo/ falla probada del servicio médico, se indemniza con base en la pérdida de oportunidad
	2011	- Gladys Agudelo	-Daño autónomo, se prueba falla en el servicio
	2013 - 2015	- Hernán Andrade	-Daño autónomo, se aplica la pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño
	2013 - 2018	- Carlos Zambrano	-Pérdida de oportunidad como daño resarcible de carácter autónomo, se aplica el principio de equidad para

¹⁷⁹ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, El derecho de los jueces, Bogotá D.C., Legis, 2011.

			reparar y evitar condenar en abstracto.
	2018	- Martha Nubia Velásquez	-Pérdida de oportunidad daño derivado de la actividad médica, perjuicio autónomo se indemniza con base en el principio de equidad.

1.1 Paciente que sufre accidente en motocicleta, fallece al ser diagnosticado con un trauma craneoencefálico leve.¹⁸⁰

En las horas de la madrugada del día 20 de enero de 1994, una persona sufre un accidente de tránsito en una motocicleta quedando inconsciente; acto seguido, es trasladada a la Unidad Intermedia de Salud Cuba “UNISAC”, dependencia del Hospital Universitario San Jorge de Pereira.

En dicho centro médico, es atendido por un médico rural quien concluyó que se trataba de un “TEC leve” (trauma craneoencefálico) sin compromiso neurológico, razón por la cual no le fueron ordenados exámenes más especializados o remisión a un centro hospitalario de mayor complejidad. No obstante, horas más tarde, los familiares del paciente manifiestan que la víctima no reaccionaba y persistía en su malestar.

Así, el mismo día, el sujeto ingresa nuevamente a la “UNISAC”, donde es atendido por otro profesional de la medicina, quien lo examinó y decidió remitirlo al hospital San Jorge, institución que cambia el diagnóstico y establece la lesión como un “TEC moderado” y solicita valoración por neurocirugía.

No obstante, la remisión del paciente no se hizo en forma ágil, y sólo seis horas después, se solicitó una escanografía cerebral urgente y pese a ser valorado por dos

¹⁸⁰ Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección A, M.P. María Elena Giraldo, Gómez, Exp.12548, 15 de junio de 2000.

*Nicho citacional: Exp. 5902; M.P. María Helena Ayala; fue adoptada con varias aclaraciones de voto.; M.P. Daniel Suárez Hernández. Exp. 6897. Gustavo Eduardo Ramírez Morales y otros Vs. ISS.

nuevos médicos especialistas, el procedimiento no se practicó porque, de un lado, el Hospital Universitario San Jorge carecía de este recurso y, del otro, al momento de ser evaluado por el neurocirujano el paciente entró en paro cardio respiratorio y falleció.

En este caso, la Corporación encontró que no es clara la responsabilidad del demandado y por esta razón esbozó lo siguiente:

“Ahora bien, la Sala entiende que en materia médica el aspecto de la causalidad adquiere un particularismo relevante, porque es evidente que los daños en esta materia o pueden obedecer a la evolución natural propia del enfermo, o puede ser una consecuencia de una concurrencia causal con la participación, por acción u omisión, que haya tenido el médico.

En esa dirección de lo que se trata, y este es un aspecto fundamental, es de identificar a la vista del material probatorio sí la participación del médico, su acto considerado objetivamente, puede ser la causa del daño médico que se le atribuye, al margen de la calificación en términos de diligencia y cuidado, que siendo positiva para el profesional, configurará motivo de exoneración o atenuación de su responsabilidad.

Así las cosas y aceptada la dificultad que suele presentarse en la demostración de la causalidad en materia médica, no resulta aventurado sostener que ante casos de difícil prueba de la causa, se adopten criterios que aligeren la situación de la víctima, máxime si se tiene presente que, la dificultad en el hallazgo de una causalidad razonablemente cierta que permita formular el juicio de imputación, puede obedecer, precisamente, a la forma grupal de la prestación del servicio médico de salud, que en no poca medida impide el conocimiento de tal elemento por el anonimato que suele presentarse ante la participación plural del grupo de médicos, en virtud de la cual, no puede atribuirse a una determinada conducta el germen de la causa del evento dañoso o, la configuración clara de la misma, por la concurrencia de causas, no resultando acorde con el criterio de justicia, el que el dañado, a quien se le vulnera su derecho constitucional a la salud, tenga que cargar con la dificultad probatoria, que en la práctica se traduce, en la falta de efectividad y protección de su daño.

(...)

En conclusión, la falla del servicio de la entidad demandada que consistió en la falta de diligencia para realizar un diagnóstico oportuno de la enfermedad sufrida por el paciente e iniciar de manera temprana el tratamiento adecuado, implicó para éste la pérdida de la oportunidad de curación y de sobrevivir.”¹⁸¹

En conclusión, se tiene que cuando se trate de casos de responsabilidad médica, éstos exigen del juez de la responsabilidad, un análisis exhaustivo y detallado del alcance de su responsabilidad prestacional, la cual tiene como obligación el personal médico sin importar la fuente u origen de la relación obligacional; esto es que para el médico surge la relación obligacional cuando entra en contacto con un paciente enfermo. Sin embargo, en las profesiones relacionadas con la medicina es importante tener en cuenta que esta tiene una buena dosis de azar en los resultados esperados, sin dejar a un lado el empeño profesional, pues todo ello, sus conocimientos, experiencia, consultado con los principios fundamentales informan el ejercicio adecuado de la medicina, por ello, analizada la totalidad de la conducta médica es evidente que la obligación de prestar el servicio de salud siempre configurará una relación jurídica compleja.

Por todo lo anterior, y conforme con los hechos narrados en la demanda, para la Sala no es claro que aún si la ESE, hubiese actuado con diligencia el paciente habría recuperado su salud; pero sí lo es, con criterio de justicia, que si el demandado hubiese obrado con total diligencia y cuidado no le habría hecho perder al paciente el chance u oportunidad de recuperarse, es decir, se le resto oportunidades de sobrevivir, con la omisión de ésta, por ello la pérdida de esa oportunidad para recuperarse sí tiene nexo directo con la falencia administrativa en que incurrió el hospital, toda vez que se constituyó en indicio grave en contra del demandado el hecho relativo a que en el transcurso del tiempo del paciente con trauma cráneoencefálico, sin recibir atención, la *“evolución de la comprensión que*

¹⁸¹ Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección A, M.P. María Elena Giraldo, Gómez, Exp.12548, 15 de junio de 2000.

*Nicho citacional: Exp. 5902; M.P. María Helena Ayala; fue adoptada con varias aclaraciones de voto.; M.P. Daniel Suárez Hernández. Exp. 6897. Gustavo Eduardo Ramírez Morales y otros Vs. ISS.

*a mayor sea el tiempo mayor complicaciones va a ocasionar*¹⁸² y esto eleva el riesgo; así lo indicó el declarante médico, pues el hecho indicador de que el paciente cuando llegó no estaba en estado severo, se anotó en la historia clínica, sin embargo, el paciente a medida que pasaba el tiempo, así mismo se deterioraba su salud, lo anterior, sin que el hospital San Jorge hubiese adoptado conductas diligentes.

La Sala estimó, que lo indicado por el Tribunal no fue proporcional a la realidad de los hechos; se redujo al 60% lo fijado por el a-quo.

1.2 En un accidente laboral, una persona sufre lesión por cuerpo extraño en uno de sus ojos, el cual por falta de diagnóstico oportuno lo pierde.¹⁸³

El día 21 de julio de 1988, una persona sufrió un accidente de trabajo en el cual una partícula metálica se alojó en su ojo izquierdo, al día siguiente de ocurrido el hecho, acudió a urgencias del Instituto de Seguros Sociales - I.S.S., en Itagüí; fue atendido por un médico de turno, quien le diagnosticó conjuntivitis traumática, ardor y fotofobia la cual tuvo como causa congestión ocular por fisura mínima en el borde libre del párpado, razón por la que le recetaron garamicina y aspirinas para controlar el dolor, y le concedieron una incapacidad médica de dos días.

Sin embargo, al día siguiente, fue nuevamente al I.S.S., y se le recomendó que tuviera paciencia sobre su estado, el cual era normal por la irritación del ojo, al día siguiente, otra vez el señor acudió a urgencias y el médico que lo había atendido antes, luego, de consultar con otros colegas, lo remitió a un oftalmólogo en otro centro de servicios y ese mismo día, en dicha clínica, se determinó que ya no quedaba casi nada por hacer debido a lo avanzada que se encontraba la infección, por lo cual se le hizo evisceración ojo izquierdo, encontrándose un cuerpo extraño

¹⁸² Ibidem.

¹⁸³ Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección A, M.P. María Elena Giraldo Gómez, Exp. 11519, 10 de agosto de 2000.

metálico intraocular al momento de la extracción; sufrió desfiguración que le ocasionó perjuicios materiales y morales y como consecuencia de estos su cónyuge e hijas padecieron un perjuicio moral. La Sala indicó lo siguiente:

“Para la Sala resulta cuestionable y reprochable por parte del I.S.S., que el paciente valorado por médico general el 22 de julio en el dispensario de Itaguí sólo fue remitido al médico especialista “oftalmólogo”, dos días después de dicha visita, cuando ya por el paso del tiempo el paciente retornó con una insoportable afección, por dolor y molestia. Y lo reprocha institucionalmente, porque con prueba técnica se estableció que una lesión en ese órgano y de esa magnitud es muy delicada, debido a que los tejidos oculares, en esta clase de incidentes por penetración de esquirlas, no se regeneran y además requieren un tratamiento especializado, no limitado sólo al suministro de antibióticos. El concepto del médico testigo y la prueba técnica médica permiten definir, con certeza, que el paciente debió tener en forma inmediata una atención especializada, por oftalmología. La conducta tardía del I.S.S le impidió al paciente tener la oportunidad - daño antijurídico - de salvar por lo menos parte anatómica del cuerpo del ojo que fue lesionado antes, en un accidente laboral, y por penetración de esquirlas.

Luego de analizar las pruebas la Sala advierte que el antecedente del hecho demandado refiere a que el señor John Fabio Sánchez Marín sufrió un accidente de trabajo que le produjo una lesión ocular, como consecuencia de la penetración de una esquirla metálica; tal circunstancia lo condujo a búsqueda de atención médica especializada.

(...)

De una parte, que el hecho dañino demandado, irregularidad en la atención médica, fue causa de la propagación del daño inicial sufrido por la víctima directa.

*Si el I.S.S, a tiempo, hubiese retirado del ojo del señor Sánchez las esquirlas, éste no habría perdido todo el **cuerpo** anatómico de su ojo.*

Por lo tanto, de los hechos probados se puede concluir que el I.S.S falló en el servicio”¹⁸⁴

En este caso, el Consejo de Estado, condenó a la Nación a indemnizar los perjuicios morales por la lesión sufrida por la víctima, esto sin importar que la lesión fue derivada de un accidente laboral, así mismo, se determinó que el daño antijurídico imputado al I.S.S., fue la propagación del daño que llevó a la pérdida anatómica del ojo, por no recibir el adecuado tratamiento para la mejora de su estado de salud, debido a que inicialmente el paciente no fue atendido en el I.S.S, por un especialista, sino por un médico no oftalmólogo, y sin utilizar aparatos especializados, le fue diagnosticada conjuntivitis traumática y no una endofalmitis, como varios días después lo diagnosticó un especialista, lo que conllevó a que este paciente perdiera la oportunidad de salvar su ojo al menos la parte anatómica por la atención tardía, por parte de la entidad prestadora de los servicios de salud.

Por lo anterior, el perjuicio moral señala la Sala que, se presume judicialmente cuando se agrava el daño sufrido en el cuerpo y en la salud por la negligencia de quien presta el servicio de la salud, lo que conllevó, como en este caso, a la pérdida anatómica de uno de sus ojos, razón por la que se repara a la víctima y su núcleo familiar.

1.3 Muerte de una paciente por falta de atención argumentando la IPS encontrarse en mora en los aportes a salud¹⁸⁵

El día 30 de octubre de 1993, aproximadamente a las 5 de la tarde una ciudadana sufrió una afección cardíaca en presencia de su hijo quien de inmediato la trasladó a la CLINICA HOSPITAL TOLIMA de esta ciudad pero no le prestaron la atención médica requerida aduciendo que CAPRECOM no estaba al día con los

¹⁸⁴ Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección A, M.P. María Elena Giraldo Gómez, Exp. 11519, 10 de agosto de 2000.

*Nicho citacional: Sentencia de 16 de noviembre de 1989. Exp. 5.606, sentencia 31 de enero de 1997. Exp. 9849. Demandante: Rosalba Vargas y otro, Exp. 11900, sentencia dictada el día 6 de mayo de 1993, Exp. 10.421. Jurisprudencia reitera en sentencia proferida el día 19 de julio de 2000, Exp. 11.842.

¹⁸⁵ Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección A, M.P. María Elena Giraldo Gómez, Exp. 13006, 14 de junio de 2001.

pagos que debe hacerle a dicha clínica por el servicio que presta a los afiliados a CAPRECOM, en vista de lo anterior, y por la insistencia de sus parientes, se procedió a llevarla a la Clínica Minerva, que era lo más cercana pero allí le informaron a su hijo que la señora había fallecido. El juez de segunda instancia, respecto de la pérdida de oportunidad en este caso, consideró:

*“La Sala conoce que la paciente llegó al primer centro de atención con **“una afección cardíaca”**; así se confesó en la demanda en el hecho cuatro; sin embargo tal situación fue asumida de urgencia por el prestador del servicio a nombre de CAPRECOM y aunque en el diagnóstico se anotó que la paciente estaba en mal estado general, el tratamiento seguido en **urgencias** logró estabilizarla, situación que luego se perdió cuando se le negó la oportunidad de hospitalizarla para estudiar el tratamiento que debía brindársele, y con dicha oportunidad otra, cual fue la de intentar recuperar su salud.*

La Sala desconoce el grado de dolencia cardíaca de la paciente y por lo mismo ignora, por la falta de conocimiento científico médico, si en el evento de que se le hubiese hospitalizado aquella hubiese sobrevivido; pero lo que sí conoce es que está probado que la omisión administrativa, en hospitalizar la paciente, le frustró la oportunidad de intentar recuperarse.

(...)

*La omisión administrativa, como ya se dijo, no puede imputarse como **causa** de muerte sino como **causa de pérdida de oportunidad para recuperarse**. Por lo tanto, la condena impuesta en primera instancia se reducirá a la mitad, es decir la indemnización para cada uno de los favorecidos será por el valor en pesos colombianos al momento de ejecutoria de la sentencia en cuatrocientos gramos.”*

Así las cosas, la Sala consideró que, entre el momento de la decisión de no hospitalizar a la paciente por parte del encargado de CAPRECOM, y mientras se decidía el traslado a otro centro de salud, la ciudadana fallece sin que hubiese recibido ninguna atención dirigida a intentar recuperarle su salud. El caso evidencia

que cuando la entidad demandada, le prestó sus servicios de urgencias a la paciente se estabilizó; sin embargo, a esta le fue negado el servicio de hospitalización, lo que solo significó que la estabilización lograda minutos antes, se interrumpiera más tarde, cuando era conducida a otro centro médico para que se estudiara el tratamiento a seguir; razón por la que la paciente entra en estado cianótico, y fallece, por lo que debido a estos antecedentes narrados en la demanda se le imputa la omisión administrativa no como causa de muerte sino como causa de pérdida de oportunidad.

1.4 Paciente es llevado en 3 oportunidades al servicio de urgencias y el mismo día que es hospitalizado fallece.¹⁸⁶

Una persona presenta un fuerte dolor en su pecho, el cual se extendió hacia su brazo izquierdo, por lo cual fue conducido la clínica del I.S.S., denominada Maridíaz en la ciudad de San Juan de Pasto, ingresó por urgencias y al revisarlo se detecta una “*considerable hipotensión*”, además, se le diagnostica intoxicación etílica, así las cosas, el paciente es dado de alta con el suministro de algunos medicamentos en casa, pero éste empeora y es llevado de nuevo por urgencias; diagnosticado con “*esofaguitis*”, es enviado nuevamente a su casa, pese a que sus dolores en el pecho no mostraban mejoría y tampoco eran tratados ordenando algún examen especializado, ante sus padecimientos la esposa lo lleva por tercera vez, oportunidad en la que ya es hospitalizado. Ese mismo día, en las horas de la madrugada, el paciente fallece, deceso que no encontró mayor explicación por parte del cuerpo médico.

En esta oportunidad, el alto tribunal ha señalado respecto del régimen jurídico aplicable a los supuestos en los cuales se reclama el reconocimiento de responsabilidad extracontractual del Estado, ocasionado por los daños causados en materia médica lo siguiente:

¹⁸⁶ Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección A, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 19192, 27 de abril de 2011.

“Con fundamento en dicha consideración, se determinó que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial corre por cuenta de la parte demandante¹⁸⁷, por manera que será el régimen de la falla probada del servicio, con las consecuencias probatorias que le son propias, aquél de conformidad con el cual deberá estructurarse la responsabilidad del Estado, con lo cual ésta solamente podrá resultar comprometida como consecuencia del incumplimiento, por parte de la entidad demandada, de alguna obligación legal o reglamentaria, de suerte que sea dable sostener que la mencionada entidad cumplió insatisfactoria, tardía o ineficientemente con las funciones a su cargo o las inobservó de manera absoluta, título jurídico subjetivo de imputación cuyos elementos han sido descritos reiteradamente por esta Sala de la siguiente manera:

“En cuanto tiene que ver con los elementos cuya acreditación resulta necesaria en el expediente para que proceda declarar la responsabilidad del Estado con base en el título jurídico —subjetivo— de imputación consistente en la falla en el servicio, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterada y uniforme en el sentido de señalar que se precisa de la concurrencia de (i) un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, cierto y determinado —o determinable—, que se inflige a uno o varios individuos; (ii) una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a una autoridad pública, con la cual se incumplen o desconocen las obligaciones a cargo de la autoridad respectiva, por haberle sido atribuidas las correspondientes funciones en las normas constitucionales, legales y/o reglamentarias en las cuales se especifique el contenido obligatorio que a la mencionada autoridad se le encomienda y (iii) una relación o nexo de causalidad entre ésta y aquél, vale decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la circunstancia consistente en que el servicio o la función pública de la cual se trate, no funcionó o lo hizo de manera irregular, ineficiente o tardía”.

¹⁸⁷ Aunque se matizará el referido aserto con la aseveración de acuerdo con la cual dicha regla general se excepcionaría cuando la carga probatoria atribuida al demandante “resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y dicha carga se torne, entonces, excesiva. Sólo en este evento y de manera excepcional, será procedente la inversión del deber probatorio, previa la inaplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil —que obligaría a la parte actora a probar siempre el incumplimiento por el demandado de su deber de prestar debidamente el servicio mencionado—, por resultar la regla en él contenida, en el caso concreto, contraria a la equidad, prevista en el artículo 230 de la Constitución Política como criterio auxiliar de la actividad judicial”. Cfr. Sección Tercera, sentencia del 7 de diciembre de 2004, Exp. 14.421.

* Nicho citacional: Sentencia del 3 de octubre de 2007, Exp.16.402., Sección Tercera, sentencia del 20 de febrero de 2008, Exp. 16.739., sentencia del 11 de agosto de 2011, exp.18.593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Debe precisar igualmente la Sala que frente a este asunto podría predicarse la pérdida de oportunidad de la víctima en recuperar su salud –situación frente a la cual la Sección Tercera del Consejo de Estado ha declarado la responsabilidad patrimonial de la Nación por casos similares–, ello ante la conducta irregular de la entidad que al disponer el retiro del paciente le impidió ser objeto de otros análisis y de estudios más especiales para determinar cuál era su enfermedad y, por ende, cuál debía ser el tratamiento a seguir frente a la misma para tratar de salvarle su vida o al menos concederle el chance de recuperar su salud; sin embargo, en este caso se encuentra acreditada una falla en el servicio atribuible al ente demandado”.

Ahora bien, aunque podría sostenerse que causalmente la mencionada falla no se erige en la fuente determinante del daño, lo cierto es que la responsabilidad que le asiste al I.S.S., no emerge de la simple existencia de una relación puramente naturalística de causalidad entre la actuación médico-asistencial y la muerte del paciente, sino que surge del análisis jurídico de imputación que explica cómo la falla en el servicio cuya ocurrencia se ha puesto de presente, hace jurídicamente atribuible el resultado lesivo de los derechos e intereses de la parte actora, a la Administración accionada”¹⁸⁸

Pues no puede perderse de vista las dificultades que caracterizan la actividad probatoria en procesos como el que se encuentra bajo estudio, toda vez que la actividad médica está compuesta de conocimientos técnicos y científicos de difícil constatación que, en determinados supuestos, le impiden al juez tener plena certeza sobre el nexo de causalidad existente entre un específico procedimiento médico y el resultado que al mismo se le pretende imputar, por carecer de estos conocimientos médicos. No obstante, la dificultad que conlleva el análisis de las pruebas en materia médica no faculta al juez para presumir la existencia del nexo causal, es decir, esta ausencia le impide al juez tener certeza sobre el nexo causal y el resultado, por lo que se debe valer de la teoría de pérdida de oportunidad por no haberle concedido al menos un chance de recuperar la salud a dicha paciente.

¹⁸⁸ En esa línea de pensamiento se pronunció recientemente esta Subsección, tal como lo refleja la sentencia proferida el 10 de marzo de 2011, dentro del expediente 19.347.

Por lo expuesto, la Sala encuentra probado el daño antijurídico causado a los demandantes por falla en el servicio, consistente en la muerte del paciente, ocurrida el 28 de marzo de 1997 dentro de las instalaciones del I.S.S., de San Juan de Pasto, así:

“Sala que frente a este asunto podría predicarse la pérdida de oportunidad de la víctima en recuperar su salud (...), ello ante la conducta irregular de la entidad que al disponer el retiro del paciente le impidió ser objeto de otros análisis y de estudios más especiales para determinar cuál era su enfermedad y, por ende, cuál debía ser el tratamiento a seguir frente a la misma para tratar de salvarle su vida o al menos concederle el chance de recuperar su salud; sin embargo, en este caso se encuentra acreditada una falla en el servicio atribuible al ente demandado”¹⁸⁹.

1.5 Omisión de tratamiento médico oportuno, ocasiona deformidad con limitación funcional permanente en miembro superior izquierdo.¹⁹⁰

La Nación - Ministerio de Defensa, Armada Nacional, es llamada a responder por los perjuicios ocasionados por la deformidad del antebrazo izquierdo, con limitación funcional permanente, como consecuencia del tratamiento médico adelantado por el Hospital Naval de Cartagena, luego del accidente motociclístico ocurrido el 18 de junio de 1997 en la Isla de Providencia, cuando prestaba el servicio militar obligatorio campesino.

Así las cosas, sobre la responsabilidad médica en atención a conscriptos, la Sección Tercera, ha dispuesto:

“...Como quiera que, conforme lo ha sostenido la Sala en reiteradas ocasiones, no obran en el expediente más elementos probatorios que puedan ser valorados con

¹⁸⁹ Ibidem.

¹⁹⁰ Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección A, M.P. Gladys Agudelo de Ordoñez, Exp. 22030, 16 de septiembre de 2011.

miras a establecer, con fundamento en criterios técnicos, estadísticos y apoyándose en información objetiva y contrastada, la cuantía del daño que por concepto de pérdida de oportunidad le fue irrogado a la parte demandante, la Sala acudirá al criterio de la equidad como principio que el ordenamiento jurídico – artículo 16 de la Ley 446 de 1998¹⁹¹– impone tener en cuenta para efectos de reparar de forma integral el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, a cuyo auxilio debe acudir, además, por virtud del denominado principio pro damnato, propio del derecho de daños y que sin duda ha de hacer sentir su vigor en escenarios como el del presente caso, en el cual se encuentran acreditados todos los elementos necesarios para imponer al Estado la obligación de reparar el daño antijurídico que causó, puesto que resulta altamente improbable –por no decir que materialmente imposible– recaudar elementos demostrativos que permitan cuantificar de forma técnica, con apoyo en elementos matemáticos y/o estadísticos, el monto del perjuicio a indemnizar.

Dado que el perjuicio autónomo que aquí se indemniza no deviene exactamente de la lesión sufrida por el Infante de Marina Erick Mauricio Stevenson Bent, sino de la pérdida de oportunidad que se cercenó de dicha persona para que pudiera recuperarse de la misma, la Sala no se pronunciará respecto de los perjuicios materiales solicitados en la demanda, comoquiera que ellos derivan de la lesión propiamente dicha, motivo por el cual se reconocerá, con fundamento en el principio de equidad antes mencionado, una suma genérica para el demandante, como afectado directo.

(...)

Por esta razón la Sala considera que la pérdida de oportunidad se ubica en el campo del daño - sin desconocer que por elementales razones guarda estrecho vínculo con la relación de causalidad, -la causalidad existente entre el hecho imputable y el daño para estructurar la responsabilidad - y por lo mismo, resulta ser un perjuicio autónomo que, no obstante, es indemnizable, diferente al daño final padecido por el paciente.

¹⁹¹ Precepto cuyo tenor literal es el siguiente: “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

Lo anterior tiene importantes y significativas consecuencias no sólo desde el campo de estructuración de la responsabilidad, sino también desde el ámbito de la indemnización.

En efecto, si la pérdida de oportunidad se toma como un perjuicio autónomo que subyace a un daño distinto al daño final padecido por el paciente, la relación de causalidad no se establecerá respecto del daño final padecido por el paciente, sino en relación con la pérdida de la probabilidad, de esa oportunidad, de la chance que constituye en últimas el perjuicio indemnizable.

Si, por el contrario, se asume que la pérdida de oportunidad constituye un criterio de imputación fáctica, la relación causal estaría en función del daño final con carácter incierto en relación con el hecho imputable al demandado.”¹⁹²

Así las cosas, se tiene entonces que el título jurídico de imputación aplicable en el caso concreto es el de falla del servicio, por cuanto la demanda tuvo como fundamento la falla en la prestación médica por parte de la entidad demandada, puesto que resultó claro que el retardo en que incurrió el hospital incidió en la lesión de nervio cubital de la mano izquierda del paciente, toda vez, que no actuó de manera diligente y eficaz en la prestación del servicio de salud. Por todas estas razones, la Sala considera que la pérdida de oportunidad se debe manejar como un perjuicio indemnizable autónomo, dado que el perjuicio autónomo que aquí se indemniza no deviene exactamente de la lesión sufrida por el paciente, sino de la pérdida de oportunidad que se cercenó para que ésta pudiera recuperarse, la Sala no se pronunció respecto de los perjuicios materiales, como quiera que ellos derivan de la lesión propiamente dicha, motivo por el cual se reconoció con fundamento en el principio de equidad.

¹⁹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, M.P. Gladys Agudelo de Ordoñez, Exp. 22030, 16 de septiembre de 2011.

1.6 Deficiente prestación del servicio de salud a un recluso por no brindar el tratamiento requerido.¹⁹³

En este caso, se explica que el día 13 de noviembre de 1996, una persona es retenida por una patrulla de la Policía Nacional en el Municipio de Fusagasugá; la víctima portaba un arma de fuego y al notar la presencia de los uniformados, *“tiró la pistola al piso, levantó los brazos en señal de rendición y les manifestó que no lo fueran a matar que él se entregaba”*.

La víctima, estaba herida a causa de los disparos propinados por la policía, sin embargo, aún en estas condiciones lo dejaron a disposición de la Fiscalía de Fusagasugá, y el fiscal decide remitirlo a la Cárcel del Distrito Judicial Modelo de Bogotá, para que sea atendido por los médicos de la sanidad carcelaria, así las cosas, el herido es recibido en la Cárcel del Distrito Judicial Modelo de Santafé de Bogotá y no se le brinda el tratamiento que éste requería, pero cuando lo ven casi agonizante deciden trasladarlo a un centro hospitalario pero debido a la gravedad de su estado este fallece.

En esta sentencia, el alto tribunal señala que la víctima perdió la oportunidad de recuperar su salud y poder sobrevivir por un tiempo adicional, razón por la que hace alusión a lo siguiente:

“...para la reparación de la pérdida de una oportunidad se demuestre, de manera clara, cuál era la probabilidad que tenía el perjudicado de alcanzar el beneficio que anhelaba o de evitar el detrimento que le fue irrogado.

(...)

En relación con la jurisprudencia del Consejo de Estado, debe señalarse que la mayor parte de los desarrollos han tenido lugar siguiendo la línea que se evidencia

¹⁹³ Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección A, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 19718, 25 de agosto de 2011.

en otras latitudes haciendo alusión precedentemente en el derecho de daños y, más puntualmente, en el ámbito de la responsabilidad médica.

Es, entonces, en este terreno, en el cual principalmente puede referirse la existencia de pronunciamientos en los cuales la Sala ha reconocido algunos de los elementos de la figura de la pérdida de chance, como la combinación de elementos de certeza y de incertidumbre que comporta, su aparente proximidad —que no identificación— con la antes mencionada causalidad probabilística, así como la distinción —también referida previamente en este proveído— entre la relación causal del hecho considerado dañino con la ventaja finalmente perdida o con el detrimento a la postre padecido por la víctima, de un lado y con la desaparición de la probabilidad de alcanzar dicho provecho o de evitar el deterioro patrimonial, de otro, como modalidades de daño claramente diferenciables¹⁹⁴.

Es por ello que el Consejo de Estado, define la pérdida de oportunidad como un instrumento de imputación, porque no existe certeza de que la falla en la prestación del servicio médico haya sido la causa del resultado dañoso (la pérdida del miembro inferior derecho), comoquiera que su diagnóstico no era bueno, y la posibilidad de amputación del miembro en mención, siempre estuvo presente debido a la gravedad de la herida que sufrió el demandante, empero la tardanza en el lavado quirúrgico le restó probabilidad de mantener la integridad de su miembro inferior derecho. Y se alega en este caso la pérdida de esa oportunidad o chance, lo que será indemnizado en el caso, por esta razón, se prueba la responsabilidad del Hospital Universitario Ramón González Valencia, y el fallo de primera instancia es confirmado, dando aplicación a la pérdida de oportunidad como se explicó líneas atrás.¹⁹⁵”

Aquí el Consejo de Estado, destaca que este caso tiene la virtualidad de ilustrar la dinámica de aplicación de la noción de pérdida de oportunidad como una

¹⁹⁴ Nicho citacional: Consejo de Estado Sección Tercera – Subsección B, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, Exp.15772, 31 de agosto de 2006, Consejo de Estado, de fecha enero 24 de 2002, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, Exp. 12706. En relación con la causalidad probabilística, consultar la sentencia del Consejo de Estado, de mayo 3 de 1999, M.P. Ricardo Hoyos Duque, Exp. 11169, Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección B, C.P. Enrique Gil Botero, Exp. 25869, 24 de octubre de 2013.

¹⁹⁵ Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección A, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 19718, 25 de agosto de 2011.

modalidad de daño autónomo, cuya relación de causalidad con el hecho dañoso debe encontrarse plenamente acreditada, sin que constituya un sucedáneo de prueba respecto del aludido nexo causal en supuestos en los cuales se dificulta la demostración, en el proceso la Sala declara la responsabilidad del INPEC por la pérdida de la oportunidad de curación y de sobrevivir, la cual sí tiene nexo directo con la actuación de dicha entidad. Por esa razón, el perjuicio autónomo que se indemnizó no deviene de la muerte del paciente si no de la pérdida de oportunidad al no poder recuperar su salud, como quedó demostrado en los hechos que soportan la demanda, y es esta ocasión nuevamente la Subsección reconoce los perjuicios solicitados con fundamento en el principio de equidad.

1.7 Paciente muere posteriormente a ser operado de una peritonitis generalizada secundario a apendicitis supurativa más colecistitis.¹⁹⁶

El 18 de julio de 1996, en las instalaciones del Hospital Timothy Britton ubicado en el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, a causa de una *“falla cardiorrespiratoria”*, ocurrida luego de una cirugía en la que se encontró una *“peritonitis generalizada secundaria a apendicitis supurativa más colecistitis”*

Por esta razón, sostuvo que, ante el empeoramiento de la condición del señor Rafael Esteban Millares Sánchez, el Hospital intentó la comunicación con el cirujano tratante, pero resultó infructuosa y por esta razón el paciente fallece a causa de un paro respiratorio esperando la realización de una intervención que si bien fue realizada esta se practicó cuando ya sufría de una *“peritonitis generalizada secundaria a apendicitis supurativa más colecistitis”*

En el caso expuesto el Consejo de Estado manifestó:

¹⁹⁶ Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección A, C.P. Mauricio Fajardo, Exp. 19755, 21 de marzo de 2012.

“El Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante sentencia proferida el 15 de diciembre de 2000 (fl. 456 a 477 c ppal), accedió a las pretensiones de la demanda porque consideró que se comprobaron descuidos protuberantes, negligencias, falta de atención oportuna, demoras y pérdida de tiempo precioso en la atención que recibió el señor Rafael Esteban Millares Sánchez, imputables todos ellos a las entidades demandadas, que le impidieron tener una oportunidad de recuperarse y de salvar su vida”

(...)

la Sala considera que el daño antijurídico que sufrió la parte demandante sí debe repararse, por cuanto la falta de evaluaciones y, en general, la ausencia de atención idónea y necesaria para determinar la dimensión de la lesión que soportó el paciente y su respectivo tratamiento quirúrgico compromete la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada a través de la pérdida de oportunidad ¹⁹⁷.

Por esta razón, la Sala no revocó la sentencia en primera instancia, toda vez que no se pudo establecer a partir de los elementos probatorios, la conducta negligente del personal médico a cargo del paciente, no se pudo catalogarse como las causas directas de la muerte, si le restaron la posibilidad de obtener una mejoría en su salud, pues estas fallas se probaron y son imputables al cuerpo médico y asistencial que cuidaban del hoy occiso, puesto que en las diferentes rondas realizadas por los médicos de planta del Hospital, no se tomaron en cuenta los síntomas que demostraban más allá de toda duda que la medida inicialmente adoptada no estaba contribuyendo con la mejoría del paciente.

Así las cosas, se evidencia que en los casos en que se encuentre probado un perjuicio derivado de la pérdida de oportunidad, como es el caso, estos perjuicios

¹⁹⁷ Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección A, M.P. Mauricio Fajardo, Exp.19755, 21 de marzo de 2012.

*Nicho citacional: Sentencia del 31 de agosto de 2006, Exp. 15772, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio, Sentencia del 10 de febrero de 2000, Exp. 11878, C.P. Alir E. Hernández Enríquez, Sentencia del 11 de agosto de 2010, Exp. No. 18593, Sentencias de 7 de julio de 2011, Exp. 20.139; del 27 de abril de 2011, Exp.18.714, Consejera Ponente: Gladys Agudelo Ordóñez; y del 8 de junio de 2011, Exp.19.360, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón.

no pueden determinarse con fundamento en criterios técnicos, estadísticos y apoyándose en información objetiva y contrastada, en cuyo caso se ha acudido al criterio de la equidad como principio que el ordenamiento jurídico, impone tener en cuenta para efectos de reparar de forma integral el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Ahora bien, dado que no existe ninguna incompatibilidad entre el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el daño autónomo consistente en la pérdida de oportunidad de recuperación o de mejoría en su salud que aquí se ha detallado y la aflicción, angustia y congoja que en el plano puramente moral o inmaterial les generó la mencionada pérdida de oportunidad, la Sala hizo un reconocimiento por este específico concepto y declaró la responsabilidad administrativa de CAJANAL EPS y del Hospital Timothy Britton por la pérdida de oportunidad de mejoría del paciente.

1.8 Muerte de recluso por choque séptico secundario a pie diabético con sobreinfección.¹⁹⁸

Un recluso de la cárcel Nacional Modelo de la ciudad de Bogotá, padecía de diabetes e hipertensión arterial, razón por la cual, era atendido usualmente en sanidad, pero allí no le proporcionaban la medicina HUMULIN que era la que requería y que estaba tomando cuando ingresó al penal, por lo que vivía muy enfermo y frecuentemente era hospitalizado en la misma sección de sanidad y en el Hospital San Juan de Dios de la misma ciudad, pero ante la falta del medicamento le produjo al paciente descompensación de su diabetes.

En una de esas oportunidades que ingresó al Hospital San Juan de Dios, una enfermera le llevó un recipiente con agua caliente y, al introducir los pies en ella, y debido a la ausencia de dolor por la neuropatía periférica, sufrió quemaduras de

¹⁹⁸ Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección A, M.P. Hernán Andrade Rincón, Exp. 22943, 08 de febrero de 2012.

segundo grado en el quinto dedo del pie izquierdo para lo cual recibió tratamiento con antibióticos, lavados y desbridamiento. No obstante, lo anterior primero fue necesario amputarle el dedo afectado y después la extremidad izquierda, pero el paciente continuó presentando descompensación relacionada con su diabetes; razón por la que no se recupera de una manera definitiva y, entra en un coma diabético y posteriormente fallece. En esta ocasión la Sala señaló:

“En este orden de ideas, aunque en el presente asunto no puede concluirse con certeza que la omisión del INPEC en efectuar seguimiento y control al interno y disponer el traslado oportuno del hoy occiso a un centro médico asistencial, pudiera erigirse en la causa determinante de su deceso, lo cierto es que la entidad demandada lo remitió tardíamente al Centro Hospitalario en un estado de infección muy avanzado, circunstancia que sin duda alguna excluye la diligencia y cuidado con que debió actuar para dispensar una eficaz prestación del servicio de salud al recluso.

En efecto, si bien no existe certeza, acerca de si se hubiese remitido oportunamente al centro hospitalario el señor Amaya Rojas habría recuperado su salud, lo cierto es que si hubiere obrado de esa manera, esto es con la pericia y el cuidado necesario, no le habría hecho perder el chance u oportunidad de recuperarse.

(...)

Si bien la situación que se ha advertido no puede catalogarse como constitutiva de la causa eficiente del daño, toda vez que no existe certeza de que a través de la remisión oportuna al centro hospitalario se hubiese logrado salvar su vida, lo cierto es que no por ello debe exonerarse de responsabilidad patrimonial al INPEC, dado que su responsabilidad resulta comprometida con fundamento en la denominada “pérdida de oportunidad” (...)

De suerte que lo incierto, lo que se ubica en la línea media de lo hipotético y seguro es el beneficio, el chance que podría producirse de no haber mediado la conducta

del demandado, pero de lo que se tiene certeza es que la oportunidad de que se produjera ese beneficio desapareció y que desapareció por la conducta del demandado; allí se estructura la relación de causalidad.

En efecto, si bien no existe certeza, acerca de si se hubiese remitido oportunamente al centro hospitalario el señor Amaya Rojas habría recuperado su salud, lo cierto es que si hubiere obrado de esa manera, esto es con la pericia y el cuidado necesario, no le habría hecho perder el chance u oportunidad de recuperarse”.¹⁹⁹

Así las cosas, resulta razonable concluir que, pese a que el recluso presentó un alto grado de infección y necesitó una atención inmediata, éste no la obtuvo, circunstancia que configuró para él la pérdida de oportunidad de obtener una atención que le permitiera recuperar su salud.

Por lo anterior, la corporación de cierre de la jurisdicción contenciosa después de analizar los hechos como las pruebas determinó que el perjuicio derivado por este concepto no deviene estrictamente de la muerte del paciente, sino de la pérdida de la oportunidad causada, sin embargo, en esta ocasión no se pronunciará sobre los perjuicios materiales solicitados en la demanda, en tanto estos tienen fundamento en la muerte acaecida y, en consecuencia, se ordenó el reconocimiento de un valor genérico por concepto de pérdida de la oportunidad para los demandantes. Por este concepto, se reconoció para sus hijos, la suma de 70 salarios mínimos mensuales vigentes para cada uno de ellos.

1.9 Muerte de neonatos por falta total de atención del parto.²⁰⁰

En este caso, se demandaron al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y al HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSE DE POPAYAN, a quienes señalaron como

¹⁹⁹ Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección A, M.P. Hernán Andrade Rincón, Exp. 22943, 08 de febrero de 2012.

²⁰⁰ Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección A, M.P. Hernán Andrade Rincón, Exp. 21726, 26 de enero de 2012.

responsables por los hechos ocurridos el día 16 de marzo de 1998, en los cuales murieron dos neonatos debido a la negligencia y falta total de atención del parto.

Bajo estos hechos, el Consejo de Estado decide dar aplicación a la teoría de la pérdida de oportunidad, de la siguiente manera:

“Así las cosas, demostrado como esta que la atención médica brindada a los menores fue precaria e inoportuna, y que esta conducta afectó la oportunidad de vida de los menores, concluye la Sala que el daño causado resulta imputable al Hospital demandado bajo la óptica de lo que la jurisprudencia conoce como “la pérdida de la oportunidad o pérdida del chance” a la cual la Sala se refiere enseguida.

La pérdida de la oportunidad, en materia médica establece la responsabilidad de los prestadores de servicios médicos y hospitalarios en aquellos casos en los cuales no se brindan al paciente todos los tratamientos y cuidados adecuados y oportunos, aun cuando estos no garanticen totalmente que el daño se hubiera evitado”²⁰¹.

En este caso, la Corporación señala que este caso debe tratarse como un daño autónomo, toda vez que este no deviene estrictamente de la muerte de los recién nacidos, sino de la pérdida de la oportunidad causada, por la no prestación del servicio adecuada del servicio de salud, pues no resulta posible la imputación a la parte demandada por cuanto se demostró que el embarazo era de alto riesgo y con prematurez extrema, hasta el punto que aún de haber tenido todos los cuidados, es posible que la muerte de los recién nacidos no se hubiese podido evitar, en esta ocasión la Sala señaló que la pérdida de oportunidad se ubicaba en el campo del daño a saber:

²⁰¹Ibidem.

* Nicho citacional: El 26 de enero de 2012, Exp.21726, M.P. Hernán Andrade Rincón, Consejo de Estado, del 16 de septiembre de 2011, Exp. 21726, C.P. Gladys Agudelo Ordoñez.

“Por esta razón la Sala considera que la pérdida de oportunidad se ubica en el campo del daño - sin desconocer que, por elementales razones guarda estrecho vínculo con la relación de causalidad, -la causalidad existente entre el hecho imputable y el daño para estructurar la responsabilidad - y por lo mismo, resulta ser un perjuicio autónomo que, no obstante, es indemnizable, diferente al daño final padecido por el paciente”²⁰².

1.10 Ciudadano víctima de un atraco en el que le ocasionan heridas con arma blanca, fallece por demora en la práctica de la laparotomía.²⁰³

Una persona es trasladada al Hospital de III Nivel El Tunal de Bogotá, por dos agentes de Policía del Barrio Perdomo de esa misma ciudad y unos amigos, por cuanto presentaba heridas con arma blanca, al ser víctima de un atraco callejero, el paciente ingresa consciente, pero se queja de un fuerte dolor abdominal, después de mucho tiempo es ingresado a sala de cirugía y pasadas dos horas, el paciente no responde a las maniobras de reanimación realizadas por el personal médico y asistencial y éste muere por *“shock hipovolémico es decir desangrado o por anemia aguda”*. Al efecto contempló:

“...según jurisprudencia constante de esta Corporación, la responsabilidad patrimonial que le incumbe al Estado por actividades médico-asistenciales se debe analizar bajo el régimen de la falla probada del servicio, a lo cual se ha agregado que, en atención al carácter técnico de la actividad médica y a la dificultad probatoria que ello conlleva, el nexo de causalidad puede acreditarse de diversas maneras, en especial mediante la utilización de indicios, que no en pocas ocasiones constituye el único medio probatorio que permite establecer la presencia de la falla endilgada²⁰⁴”.

²⁰² Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección A, M.P. Hernán Andrade Rincón, Exp. 21726, 26 de enero de 2012.

²⁰³ Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección A, M.P. Hernán Andrade Rincón, Exp. 23632, 14 de marzo de 2013.

²⁰⁴ Ibidem.

* Nicho citacional: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 20 de febrero de 2008. Consejero Ponente. Ramiro Saavedra Becerra. Exp 15563. "(...) la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de

En este caso, una vez revisada la historia clínica no se encontró una explicación clara de por habiendo ingresado el paciente a la 2:00 horas, la cirugía se programó a las 00:15 horas, según nota que reposa en la misma, es decir el procedimiento se realiza una hora y media después del ingreso de éste, quizás una intervención más oportuna hubiera permitido otro resultado.

De otra parte, el Consejo de Estado, estimó que como consecuencia de que en la historia clínica del paciente no hubo registro de actividad alguna tendiente a obtener la recuperación del paciente, entre las 22:20 horas (momento de su ingreso), hasta cuando fue intervenido quirúrgicamente (00:15 horas), para la Sala resulta imposible abordar el análisis de la presunta idoneidad y oportunidad respecto de la atención médico asistencial que se le habría brindado en el Hospital El Tunal III Nivel al paciente, razón por la que se concluyó que en el presente caso la oportuna prestación del servicio médico brindado al referido paciente no encontró sustento probatorio, pues quedó demostrado que la entidad demandada faltó al cumplimiento de las obligaciones de protección médico asistenciales para con el paciente, lo cual conllevó a que su estado de salud se hubiere deteriorado fatalmente. Así mismo, el Máximo Tribunal advierte lo siguiente:

“para el sub examine, resulta evidente la pérdida de la oportunidad de recobrar la salud del paciente, toda vez que la omisión de la entidad demandada le restó oportunidades a la víctima de sobrevivir, puesto que -bueno es reiterarlo-, le dejó de brindar atención durante las dos primeras horas, así como no realizó la transfusión que necesitaba el paciente -pues no contaba con la suficiente cantidad de sangre- y, cuando finalmente se dio cumplimiento a dicho requerimiento, éste no pudo recobrar su salud y falleció horas después, por manera que ante un hecho evidente, como lo era la progresiva hemorragia del señor Urueña García, la entidad demandada debió, en un primer momento, brindar la atención durante esas dos

responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño”.

primeras horas de evolución de su cuadro clínico y, en segundo término, disponer de la cantidad necesaria de sangre para transfundirlo antes de que su estado hubiere empeorado al punto de ser irreversible. Por lo tanto, la Sala declarará la responsabilidad del Hospital El Tunal III Nivel por la pérdida de la oportunidad de curación y de sobrevivir, la cual tiene relación y/o nexo directo con la actuación de dicha entidad.

(...)

la jurisprudencia frente a la tasación de este perjuicio, de carácter extrapatrimonial, ha considerado que, dada su especial naturaleza, no puede ser sino compensatoria, por lo cual, corresponde al juzgador, quien con fundamento en su prudente juicio debe establecer, en la situación concreta, el valor que corresponda, para cuyo propósito debe tener en cuenta la naturaleza y la gravedad de la aflicción y de sus secuelas, de conformidad con lo que se encuentre demostrado en el proceso”.

Por lo anterior, estima que la Administración Pública demandada está llamada a responder patrimonialmente en este proceso, pero no por la muerte de dicha persona sino por la pérdida de la oportunidad en recuperar su salud; considera el actuar del centro hospitalario como negligente al no realizar el procedimiento requerido por el paciente en un tiempo oportuno, pues no se pudo demostrar porque no se atendió en menos tiempo al paciente, es decir no existió una justificación si quiera dentro de la historia clínica la tardanza en dicho procedimiento, razón por la cual se declaró patrimonialmente responsable al Hospital El Tunal III Nivel, por los perjuicios causados a los demandantes, y se condenó al hospital en mención, a título de pérdida de oportunidad.

1.11 Deficiente prestación de los servicios de salud, debido al plan tortuga en el que se encontraba la institución ocasiona muerte del paciente²⁰⁵

El 24 de junio de 1997, los señores Evangelina Morales de Porras, quien actuó en nombre propio y en el de sus hijos menores, Diana Jimena, Sergio Otoniel y Edwin Leonardo Porras Morales, y Sandra Patricia Porras Morales, en sus calidades de cónyuge supérstite la primera de las nombradas y de hijos los demás por intermedio de apoderado solicitaron se declarara administrativamente responsable al Instituto de Seguros Sociales por falla del servicio de la administración que condujo a la muerte del señor Otoniel Porras el día 28 de junio de 1995, en la Clínica Rafael Uribe Uribe, de la ciudad de Cali, que pertenecía a ese instituto y que como consecuencia de tal declaración se condenara a la entidad demandada al pago de la indemnización de los perjuicios de orden material y moral en favor de los demandantes.

Así las cosas, señalaron que el señor Otoniel Porras fue intervenido quirúrgicamente en la Clínica Rafael Uribe Uribe en la ciudad de Cali por una herida de bala y habiendo salido airoso de dicha intervención lo trasladaron a cuidados intensivos por un término de ocho días, posteriormente lo llevaron a un cuarto en donde permaneció bien hasta el quinto día, más o menos a los ocho días se empezó a complicar por lo que su cónyuge Evangelina Morales informó al personal de enfermería y a los médicos que esporádicamente aparecían por la sala porque el personal del Seguro Social se encontraba en “operación tortuga”²⁰⁶ solicitando aumentos salariales, circunstancia en la que trascurrieron varios días y, al darse cuenta que el señor Porras se encontraba en mal estado de salud, decidieron volverlo a intervenir pero no encontraron salas de operación desocupadas por efectos de los mismos retrasos ya mencionados, pudiéndolo, finalmente, intervenir

²⁰⁵ Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección A, M.P. Hernán Andrade Rincón, Exp. 19360, 08 de junio de 2013.

²⁰⁶ Ibidem.

por segunda vez el 20 de junio de 1995, y pasó a cuidados intensivos en donde falleció el 28 del mismo mes y año.

En casos como el presente, en donde se discute la responsabilidad de los establecimientos prestadores de servicios de salud, la Sección Tercera ha establecido que el régimen aplicable es el de falla del servicio, realizando una transición entre los conceptos de falla presunta y falla probada, constituyendo en la actualidad posición consolidada de la Sala en esta materia aquella según la cual es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria.²⁰⁷

La Sala ha querido hacer referencia a todo lo anterior, porque allí se encuadra el contenido obligacional de las prestadoras de servicios médicos, contenido obligacional que no fue observado por la entidad demandada, por cuanto del estudio de la historia clínica, del dictamen pericial y de los testimonios recaudados, se deduce que se presentó efectivamente una señalada demora en la reintervención del paciente Otoniel Porras, quien pese a que presentaba un alto grado de sepsis y que necesitaba una atención inmediata, no la obtuvo, circunstancia que configuró una pérdida de obtener una atención oportuna a las complicaciones de salud que padecía, situación que sin duda implicó la afectación de su dignidad como paciente y la de su núcleo familiar.

En relación con esta forma de imputación de responsabilidad, el Máximo Tribunal ha establecido:

“el Estado puede ser declarado patrimonialmente responsable de los daños que se deriven de la omisión en la prestación del servicio médico o de su prestación

²⁰⁷ Nicho citacional: Sentencia de agosto 31 de 2006, expediente 15772, M.P. Ruth Stella Correa. Sentencia de octubre 3 de 2007, expediente 16.402, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 23 de abril de 2008, expediente 15.750; del 1 de octubre de 2008, expedientes 16843 y 16933. Sentencia del 15 de octubre de 2008, expediente 16270. M.P. Myriam Guerrero de Escobar. Sentencia del 28 de enero de 2009, expediente 16700. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 19 de febrero de 2009, expediente 16080, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 18 de febrero de 2010, expediente 20536, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 9 de junio de 2010, expediente 18.683, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

deficiente, cuando tales daños se producen como consecuencia de esa omisión o deficiencia, cuando por causa de tales deficiencias el paciente pierde la oportunidad que tenía de mejorar o recuperar su salud, o sencillamente cuando la prestación asistencial no se brinda como es debido, o cuando se vulneran otros derechos o intereses protegidos por el ordenamiento jurídico, aún en eventos en los que dichas prestaciones resulten convenientes a la salud del paciente, pero se oponían a sus propias opciones vitales²⁰⁸.

De igual manera, consideró la Sala que son imputables al Estado los daños sufridos por los pacientes a quienes no se brinde un servicio médico eficiente y oportuno, aunque no se acredite que esas fallas hubieran generado la agravación de las condiciones de su salud, es decir, que la falla en la prestación del servicio se confunde con el daño mismo²⁰⁹.

En consecuencia, la pérdida de la oportunidad debe ser estudiada y definida desde la causalidad, como el elemento que permite imputar daños, a partir de la aplicación concreta de estadísticas y probabilidades en cuanto a las potencialidades de mejoramiento que tenía la persona frente a un determinado procedimiento u obligación médica que fue omitida o ejecutada tardíamente.”²¹⁰

Por lo anterior, la Sala indicó en la demanda indemnización por esta clase de perjuicios en favor de la cónyuge supérstite, sin embargo, ésta no accedió a su reconocimiento, puesto que la responsabilidad del I.S.S., como demandada, se concretó en la pérdida de oportunidad de lograr sobrevivir o recuperar la salud del paciente, más no por el desenlace fatal de éste, resultando evidente que no fue la frustración de esa posibilidad de recuperarse lo que determinó que la demandante

²⁰⁸ Consejo de Estado - Sección Tercera – Subsección B, M.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio, Exp. 17725, 28 de abril de 2010.

²⁰⁹ Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección B, M.P. Enrique Botero Gil, Exp. 35656, 7 de octubre de 2009.

²¹⁰ Ver sentencias de 31 de agosto de 2006, exp. 15772, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, y de 13 de julio de 2005, exp. 13542, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

dejara de percibir el aporte económico que le suministraba el fallecido, sino que, fue la muerte la que truncó tal situación²¹¹.

1.12 Disminución de la capacidad laboral por negación del servicio médico.²¹²

Una persona cumplía funciones en el Ejército Nacional y sufre una caída, que lo conlleva a practicarse una primera cirugía y su capacidad laboral disminuyó un 9.5%, pero aun así continuó cumpliendo sus funciones, posteriormente vuelve y sufre una caída, que le produjo rotura de meniscos y ligamentos en su rodilla derecha, por lo cual es sometido a un procedimiento denominado artroscopia de rodilla derecha “... iniciándose en este momento la cadena de irregularidades por parte de la entidad demandada, al negar sistemáticamente el servicio médico al mencionado militar...”

Señaló que cuando fue a fisioterapia por esta nueva caída se le dictaminó una *disminución de su capacidad laboral del 24.88%*.

Al estudiar el caso, la jurisdicción administrativa, en última instancia declaró administrativamente responsable al Hospital Militar Central, pues la Corporación encuentra la existencia de irregularidades en cabeza del hospital, respecto de la atención médico-quirúrgica recibida por la víctima en cuanto al retardo injustificado para practicar una nueva cirugía, esta vez considerado como un daño autónomo, es por ello que la Sala afirmó:

(...)

La Subsección estima que en el caso sub jure, la entidad pública demandada está llamada a responder patrimonialmente, pero por la pérdida del chance del

²¹¹ En el mismo sentido se pronunció la Sala en la Sentencia del 27 de abril de 2011. C.P. Dra. Gladys Agudelo Ordóñez. Expediente No:18.714

²¹² Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección A, M.P. Mauricio Fajardo, Exp. 25731, 27 de febrero de 2013.

demandante en tratar de recuperar su salud y no por la lesión física por él padecida, luego de que se le practicó la última intervención quirúrgica.

Si bien es cierto que la entidad incurrió en deficiencias frente a la prestación del servicio médico al paciente, no lo es menos que no existe certeza de que dicha irregularidades, que se concretaron en el retardo injustificado en practicar una tercera intervención quirúrgica, constituyan la causa directa y eficiente del daño padecido por el actor, dado que no existe prueba alguna que permita determinar, de manera indefectible, que los problemas físicos que mantuvo el actor luego de la práctica de la tercera cirugía se hubieren contrarrestado o eliminado si tal procedimiento hubiese sido oportuno.

La Sala no puede en modo alguno pasar inadvertido que la afección en la rodilla derecha del demandante existía desde mucho antes de la práctica de la tercera intervención quirúrgica, pues incluso esta última fue consecuencia de una deficiencia que trató de ser superada mediante una intervención previa (la segunda) que se practicó en el Dispensario del Ejército Nacional, por manera que nada permite considerar que de haberse realizado la tercera intervención en forma rápida, la dolencia física del actor hubiera desaparecido; sin embargo, no por ello debe exonerarse de responsabilidad patrimonial al Hospital Militar Central, pues dicha responsabilidad resulta comprometida con fundamento en la denominada pérdida de oportunidad o de chance, como rubro autónomo del daño²¹³.

Así las cosas, en este caso tampoco existió certeza de que aún si la Administración hubiere actuado con el deber de cuidado y con la eficacia y diligencia requeridas la víctima directa habría recuperado totalmente su salud, lo cierto es que si el centro hospitalario hubiese obrado de manera diligente, no le habría hecho perder al paciente el *chance* o la oportunidad de recuperarse, dado que el perjuicio autónomo que aquí se indemniza, no deviene exactamente de la lesión física que padeció el paciente, sino de la pérdida de oportunidad, razón por la que falla con fundamento en el principio de equidad.

²¹³ Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección A, M.P. Mauricio Fajardo, Exp. 25731, 27 de febrero de 2013.

1.13 Muerte de una bebé recién nacida (embarazo gemelar) y graves afectaciones en la salud de su hermana la cual sobrevivió pese a la falta de prestación oportuna en su atención.²¹⁴

El 20 de octubre de 1997, se solicita declarar responsable al Instituto de Seguros Sociales - Clínica Rafael Uribe Uribe de Cali, por las graves lesiones cerebrales ocasionadas a una bebé, así mismo, se solicita lo mismo por la muerte en el vientre de otra bebé, pues se trataba de un embarazo gemelar, lo anterior, debido a una falla en la prestación del servicio médico hospitalario, toda vez que la demandada no suministró adecuada y oportunamente la atención requerida a la madre de las menores, motivo por el cual una de las bebés nació sin vida y la otra debido a la demora en la atención sufrió daños cerebrales irreversibles por la falta de líquido amniótico.

Ahora bien, como lo dijo el doctor Hernán Cruz Valencia, neonatólogo de la Fundación Valle de Lili, en la demanda *“es muy posible que la causa que produjo la muerte de una de las gemelas hubiera afectado, también, a la que quedó con vida, de donde se infiere que no existe plena certeza de que si la cesárea hubiera sido practicada inmediatamente después de que los médicos constaron la muerte de una de las gemelas, en el vientre materno, Lina María no hubiera sufrido daño alguno”*; sin embargo, es evidente que ella perdió la oportunidad de que así fuera, al no ser atendida de inmediato es decir, sacada del vientre materno inmediatamente se supo que su hermanita había fallecido, lo cual, quizá, de haberse dado, hubiera evitado que sufriera las graves lesiones que padeció. La pérdida de oportunidad, como daño resarcible de carácter autónomo, ha sido analizada en repetidas ocasiones por la jurisprudencia de esta Corporación, particularmente en casos relativos a la responsabilidad patrimonial del Estado por actividades médico-asistenciales.²¹⁵

“...La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza

²¹⁴ Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección A, Exp. 27743, M.P. Carlos Alberto Zambrano López, 24 de julio de 2013.

²¹⁵ Ibidem.

probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del ‘chance’ en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto, frente a lo cual resulta lógico que dicha oportunidad perdida ‘tiene un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego, sino que ha de ser, necesariamente, inferior a él’, para su determinación (...)’²¹⁶”.

Así las cosas, según lo determinó el Máximo Tribunal no obran en el expediente elementos de juicio que permitan establecer, con base en criterios técnicos, estadísticos y con información objetiva y contrastada, la cuantía del daño sufrido por los demandantes como consecuencia de la referida pérdida de oportunidad, a raíz de las graves lesiones que padeció la menor, la Sala acudirá al criterio de la equidad como principio que el ordenamiento jurídico impone tener en cuenta a efectos de reparar de forma integral²¹⁷ el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En este caso se declaró la responsabilidad del Instituto de Seguros Sociales, por la pérdida de oportunidad sufrida por la recién nacida Lina María Anturi Peralta y sus padres Sandra Jasmine Peralta Muñoz y John Wilder Anturi García, a raíz de las graves lesiones que padecieron las menores, razón por la que se condenó al Instituto de Seguros Sociales a pagar la suma de 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de cada uno de los demandantes.

1.14 Omisión de la Institución Prestadora de Servicios de salud – IPS en remitir al paciente a un hospital de mayor nivel para evitar posibles secuelas y deformidad permanente.²¹⁸

²¹⁶ Ibidem.

²¹⁷ “Artículo 16 de la Ley 446 de 1998. Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

²¹⁸ Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección A, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Exp. 34125, 12 de febrero de 2014.

En este caso, un menor sufre una caída de 2 metros de altura, posteriormente es trasladado al Hospital Timothy Britton de San Andrés, donde le diagnosticaron *“fractura condilia del humero reducida con material de osteosíntesis”*, fue sometido a dos cirugías pero realizada dichas intervenciones el paciente no presentó mejoría, así que los padres del menor buscaron otra oportunidad en Medellín, con el fin de recuperar el nervio que resultó atrofiado después de la primera cirugía y de corregir *“la mala e inadecuada intervención quirúrgica del galeno en la isla”* que, según los demandantes, fue la causa de la deformidad física y funcional del miembro superior izquierdo del menor.

En este caso, es importante ver cómo se encuentra acreditado el primero de los elementos estructurales de la responsabilidad patrimonial, es decir, se demostró el daño alegado por los demandantes, consistente en la lesión del nervio radial izquierdo, lo que causa limitaciones en los movimientos del brazo, y la deformidad física del mismo, que tendrá que soportar el menor, al respecto la Sala afirma lo siguiente:

“La Sala encuentra que la entidad demandada sometió a Cristian Felipe Guzmán a una intervención quirúrgica, con el fin de corregirle las lesiones causadas en su miembro superior izquierdo, después de caer desde una altura considerable. (...) resulta razonable afirmar que es “improbable” o “prácticamente imposible” que durante la reducción abierta y la fijación de los pines de Kirschner, practicadas a Cristian Felipe Guzmán en el Instituto de Seguros Sociales, se le haya lesionado el nervio radial del miembro superior izquierdo, pues, según las pruebas recién mencionadas, dicha intervención no incide de manera alguna en la región anatómica donde se aloja el nervio. Además, tanto el testimonio del doctor Arocha como el dictamen médico del Instituto de Medicina Legal coinciden también en sostener que, atendiendo a la intensidad del golpe y a la gravedad de la fractura (multifragmentación del hueso), el nervio radial pudo resultar lesionado en el momento mismo de la caída. (...) al no tener certeza sobre la existencia de la lesión, pero sí sobre una probabilidad de haberse causado en el momento de la caída, para la Sala no cabe duda que era obligación del médico remitir al paciente a una clínica de

mayor nivel, dotada de los equipos adecuados para realizar la electromiografía, con el fin de conocer el real estado del nervio y de determinar el procedimiento adecuado. (...) Es evidente, entonces, que Cristian Felipe Guzmán Bedoya perdió la oportunidad de haber sido remitido a un hospital de mayor nivel, para ser valorado por un neurocirujano especializado en nervios periféricos y para ser sometido a una electromiografía, antes de que se le practicara aquella cirugía y es claro que, de haberse emitido tal remisión, quizá se hubiera evitado la deformidad física y funcional del brazo.

Así las cosas, al no tener certeza sobre la existencia de la lesión, pero sí sobre una probabilidad de haberse causado en el momento de la caída, para la Sala no cabe duda que era obligación del médico remitir al paciente a una clínica de mayor nivel, dotada de los equipos adecuados para realizar la electromiografía, con el fin de conocer el real estado del nervio y de determinar el procedimiento adecuado²¹⁹.

En este caso, la Sala acude a lo que ellos llaman criterio de equidad, principio éste del ordenamiento jurídico que busca tratar de reparar en forma integral el daño causado por la acción u omisión de la entidad que demandada, por ello la Corporación señala que la práctica médica debe evaluarse desde una perspectiva de medios y no de fin, pues en este caso lo que se valoró fue que el galeno a no remitirlo a una institución de mayor nivel debido a la gravedad del accidente y con ello agotar todos los medios a su alcance, ya que el centro hospitalario no contaba con los recursos necesarios para descartar una lesión mayor, pues de haberlo hecho no hubiera incurrido en esta responsabilidad por la referida pérdida de oportunidad daño resarcible de carácter autónomo. En consecuencia, la suma a reconocer, en este caso, por la pérdida de oportunidad que sufrieron los actores, a raíz de las graves lesiones padecidas por el menor fue de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor de cada uno de los demandantes.

²¹⁹ Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección A, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Exp. 34125, 12 de febrero de 2014.

* Nicho citacional: Sentencia del 24 de marzo de 2011, Exp. 18947, M.P. Hernán Andrade Rincón, sentencia del 11 de agosto de 2010, Exp. 18593. y sentencia del 7 de julio de 2011, Exp. 20139

1.15 Muerte de paciente por omisión del Instituto de Seguros Sociales apto para trasplante hepático.²²⁰

Una persona afiliada al I.S.S., resultó apta para trasplante de hígado como única opción para salvar su vida, sin embargo, a pesar de la urgencia del procedimiento éste le fue negado, por tal razón, se ve obligado a interponer acción de tutela en contra de la demandada y se le ordena a la entidad demandada adelantar todas las diligencias pertinentes, para autorizar la práctica del procedimiento requerido en menos de 48 horas, no obstante, el fallo no fue cumplido; debido a la falla por omisión en la prestación del servicio médico, el señor fallece el 9 de agosto de 2002. Por esta razón, y en relación con el daño indemnizable en los eventos en los que se encuentra acreditada la pérdida de oportunidad, la jurisprudencia de esa Corporación sostuvo lo siguiente:

“Tratándose de eventos en los cuales se accede a la reparación de la pérdida de un chance, lo indicado no puede ser el reconocimiento, en favor de la víctima, del valor total de la ventaja de la cual fue privado o del deterioro patrimonial que no pudo evitar a raíz del hecho del demandado, sino tener en cuenta que la oportunidad desaparecida tenía un valor y que es éste el que debe ser restablecido; ese valor, según antes se indicó, ha de resultar indiscutiblemente inferior a aquél que hubiere correspondido en caso de haberse demostrado el vínculo causal entre la pérdida del beneficio esperado por la víctima y el hecho de aquel a quien se imputa la correspondiente responsabilidad resarcitoria; es más, como también precedentemente se indicó, el monto de la indemnización por la pérdida de la oportunidad habrá de establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente anhelaba el afectado, en función de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino”²²¹.

²²⁰Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección A, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Exp. 33492, 26 de febrero de 2014.

²²¹Ibidem.

*Nicho citacional: Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección A, de fecha 11 de agosto de 2010, Exp. 18593, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Teniendo en cuenta la responsabilidad del Instituto de Seguros Sociales, por la oportunidad que perdió el paciente al no ser incluido oportunamente en la lista activa de pacientes para trasplante hepático, se condenó al Instituto de Seguros Sociales, razón por la que en relación con el daño indemnizable se encontró acreditada la pérdida de oportunidad, así:

“Toda vez que no obran en el plenario elementos de juicio que permitan establecer, con base en criterios técnicos, estadísticos y con información objetiva y contrastada, la cuantía del daño sufrido por las demandantes como consecuencia de la referida pérdida de oportunidad de recuperar la salud del señor Marco Antonio Díaz Álvarez, la Sala estima, en virtud de la grave enfermedad que aquél padecía, de que el trasplante hepático era su única opción terapéutica, del tiempo que transcurrió desde la solicitud de autorización para la práctica de la intervención hasta la inclusión del paciente en la mencionada lista de espera (14 meses aproximadamente) y del principio de equidad, reconocido por el ordenamiento jurídico para efectos de reparar de forma integral²²² el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, que una suma justa por ese concepto es 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de cada una de aquéllas.”²²³

1.16 Seguro Social se niega a prestar el servicio de salud argumentando la mora en el pago de los aportes a salud por parte de la empresa empleadora EDASABA E.P.S.²²⁴

Con fundamento en los hechos se narra que un trabajador de la Empresa de Acueducto y Saneamiento Básico de Barrancabermeja, vinculado al Instituto de Seguros Sociales -I.S.S., afilió como beneficiario del sistema de salud a su padre, a

²²² “Artículo 16 de la Ley 446 de 1998. Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

²²³ Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección A, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Exp. 33492, 26 de febrero de 2014.

²²⁴ Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección A, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Exp. 35420, 27 de marzo de 2014.

quien, desde enero de 1998, se le detectó una afección coronaria y según los médicos especialistas del I.S.S., el paciente requería, previa evaluación y preparación prequirúrgica una revascularización miocárdica, la cual el Seguro Social se negó a prestar argumentando mora en el pago de los aportes a salud por parte de la empresa empleadora EDASABA E.S.P., debido a esto el paciente se ve obligado a interponer acción de tutela, la cual fallan a su favor, ordenando cubrir todos los gastos, sin embargo, la demandada incumple el fallo y finalmente el paciente fallece.

Después de analizar los hechos como las pruebas la jurisdicción administrativa de última instancia, sostiene que hay lugar a la aplicación de pérdida de oportunidad, porque:

“Es evidente, entonces, que si bien el Instituto de Seguros Sociales suspendió la afiliación de Pablo Emilio Conde Moreno y la de su familia y, por consiguiente, negó la prestación del servicio médico quirúrgico que requería Javier Conde Herrera, ello se fundó en la facultad otorgada al respecto por el citado artículo 209 de la Ley 100 de 1993, dado el incumplimiento del pago de los aportes del 2001 al sistema de seguridad social por parte de la EDASABA E.S.P., respecto de sus empleados. Ahora, pese a dicha suspensión, el I.S.S. brindó el servicio de urgencias, de cuidados intensivos y de asistencia médica desde el momento en que el señor Conde Herrera ingresó al hospital Los Comuneros, esto es, desde el 27 de julio del 2001, hasta el día de su fallecimiento, dando cumplimiento así al artículo 168 ibídem.

Así las cosas, la Sala considera que la conducta omisiva que resulta reprochable es aquella en que incurrió la Empresa de Acueducto y Saneamiento Básico de Barrancabermeja - EDASABA E.S.P., pues la inobservancia de sus obligaciones legales impidió que la entidad prestadora de salud (I.S.S.) realizara la cirugía de revascularización²²⁵ a que el señor Javier Conde Herrera habría

²²⁵ Téngase en cuenta que se trataba de un procedimiento programado que, aunque era de ineludible práctica, no estaba precedido de una amenaza de muerte inminente e inmediata del paciente; de hecho, él se negó, durante un tiempo importante, a someterse a la intervención ordenada; por lo tanto, no puede entenderse que hubo una violación de los derechos a la salud y a la vida del señor Conde Herrera por parte del I.S.S.

tenido derecho, de haber estado al día con el pago de los aportes al sistema contributivo de salud.

Ahora bien, lo anterior no es suficiente para imputarle responsabilidad patrimonial a la EDASABA E.S.P. por la muerte del señor Conde Herrera, que es la razón por la cual se demandó, toda vez que no obra en el plenario elemento alguno a través del cual se logre evidenciar, de manera fehaciente y concluyente, el nexo de causalidad entre la conducta irregular y negligente de aquélla y el hecho dañoso, pues no es posible afirmar categóricamente que, de haberse pagado oportunamente los aportes en salud y de haberse autorizado y practicado la cirugía solicitada, el paciente habría preservado su vida, máxime que su patología ya había avanzado durante más de un año; pero, lo que sí resulta evidente para la Sala es que Javier Conde Herrera perdió la oportunidad de haber sido intervenido y, por lo tanto, de tener probabilidades de recuperación. La pérdida de oportunidad, como daño resarcible de carácter autónomo, ha sido analizada en repetidas ocasiones por la jurisprudencia de esta Corporación, particularmente en casos relativos a la responsabilidad patrimonial del Estado por actividades médico-asistenciales²²⁶.

Aquí el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo exonera al I.S.S. y condena a la Empresa de Acueducto y Saneamiento Básico de Barrancabermeja EDASABA E.S.P., con base en el principio de equidad, reconocido por el ordenamiento jurídico para efectos de reparar de forma integral, el daño causado por la omisión de la demandada, por lo anterior, se condena a pagar la suma de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de cada una de los demandantes, por cuanto se demostró que la Empresa EDASABA E.S.P., y no el centro hospitalario contribuyó a la pérdida de oportunidad que padeció el señor Conde Herrera²²⁷, al no ser atendido de manera oportuna.

²²⁶ Consejo de Estado – Sección Tercera - Subsección A, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Exp. 35420, 27 de marzo de 2014.

* Nicho Citacional: Sentencia de 27 de marzo de 2014, Exp. 35420, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

²²⁷ Consejo de Estado Sección Tercera – Subsección A, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Exp. 18593, fecha 11 de agosto de 2010.

Como se pudo evidenciar en este capítulo, la responsabilidad del Estado solo se deriva de la conexidad del hecho con la entidad, es decir, ya a lo largo de este estudio se tiene claro que la pérdida de oportunidad se caracteriza principalmente porque su resultado es aleatorio, esto es, que no existe certeza respecto al resultado final esperado por la víctima, el cual no puede ser alcanzado de manera positiva, como consecuencia del actuar del profesional médico, sin embargo, en los casos analizados en este capítulo, se concluye que el hecho dañino en sí mismo, no produjo la pérdida de oportunidad, sino que la víctima perdió su oportunidad de interrumpir el desenlace fatal con el actuar negligente del personal médico, o las acciones administrativas de la IPS que pudo evitar la situación lesiva a la víctima.

Ahora bien, aquí se enuncian otros casos, en los que, si bien no se acreditaron todos los requisitos para aplicar la teoría de la pérdida de oportunidad, si se condena a la entidad demandada con fundamento en ella, como es el caso en los que a pesar de estar inmersa la parte demandada en una falla o negligencia administrativa por la mora en sus aportes, el Máximo Tribunal consideró que al no ser atendido de manera oportuna por estas razones, se evidenció que este actuar le restó probabilidades al paciente de recuperarse, pese a que la conducta del no pago estaba en cabeza de su empleador, sin embargo finaliza la Sala, señalando que no condena por el daño muerte, sino por un evento de pérdida de oportunidad de recuperación, lo que prueba que esta teoría no se aplica de manera uniforme, pues como se ve en algunos de estos casos bajo estudio que se acude a esta figura como un daño subsidiario, sin establecer que ya un curso causal había iniciado.

1.17 Paciente fallece al no practicársele transfusión sanguínea oportuna²²⁸

El 1 de diciembre de 2001, una persona ingresa al Hospital Timothy Britton, tras sufrir un accidente que le produjo heridas y fracturas en miembros inferiores,

²²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección A, M.P. Hernán Andrade Rincón, Exp. 32297, 12 de marzo de 2015.

estas heridas precisaron la necesidad de una intervención quirúrgica de ortopedia, para lo cual, según se indica en los hechos de la demanda, se necesitaba la obtención de suficiente sangre tipo B+, grupo sanguíneo del paciente, pero pese a las continuas peticiones por parte de los familiares del paciente para que procedieran a la transfusión sanguínea, el cuerpo médico y asistencial, en una actitud negligente, solo accedió varios días después a brindar atención, cuando ya el estado de salud del paciente presentaba un deterioro irreversible, este fallece a los 15 minutos de haberle practicado la transfusión requerida.

Es preciso advertir, que respecto a la falla médica evidenciada, la última instancia de lo contencioso administrativo, señala que no puede catalogarse como la causa directa del daño sufrido por la víctima, por lo que no existe certeza alguna dentro del mencionado proceso para sostener que si se hubiera iniciado tratamiento oportuno de la lesión ulcerosa, este se hubiere salvado, especialmente si se tiene en cuenta la gravedad de los hallazgos encontrados conforme a la necropsia realizada al paciente hoy fallecido; sin embargo, ello no conduce a exonerar de responsabilidad al Hospital Timothy Britton, pues dicha responsabilidad resulta comprometida con fundamento en la teoría de la pérdida de oportunidad o pérdida de *chance*, frente a la cual la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante sentencia de agosto 11 de 2010²²⁹ –reiterada por esta misma Subsección en sentencia de 7 de julio de 2011– señaló:

“(...) la pérdida de oportunidad se ubica en el campo del daño, sin desconocer que por elementales razones guarda estrecho vínculo con la relación de causalidad, -la causalidad existente entre el hecho imputable y el daño para estructurar la responsabilidad- y por lo mismo, resulta ser un perjuicio autónomo que, no obstante, es indemnizable, diferente al daño final padecido por el paciente”²³⁰.

²²⁹ Nicho citacional: Consejo de Estado Sección Tercera – Subsección A, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Exp. 18593, 11 de agosto de 2010, Consejo de Estado Sección Tercera – Subsección A, M.P. Hernán Andrade Rincón, Exp. 20139, 12 de marzo de 2015.

²³⁰ Sentencia de 27 de abril de 2011, Exp. 18.714. M.P. Gladys Agudelo Ordóñez; en ese mismo sentido, puede consultarse la sentencia dictada el pasado 8 de junio del presente año, Exp. 19360.

Con sujeción a la posición jurisprudencial en referencia, la Sala advierte que si bien, en el caso concreto, no existe una absoluta certeza acerca de si la ausencia de tratamiento oportuno de la patología gástrica del señor Dinston Downs Escalona pudiere corresponder a la causa determinante del deceso del paciente, no es menos verídico que dicha omisión excluye la diligencia y cuidado con que debió actuar la entidad para dispensar una eficaz prestación del servicio público y, aunque tampoco existe certeza de que aún si la Administración hubiere actuado con la mencionada diligencia la víctima hubiere recuperado su salud, sí resulta ajustado concluir que si el hospital demandado hubiese obrado de esa manera, no le habría hecho perder al paciente el chance de ser sometido al tratamiento médico indicado para tratar esa patología en procura de su recuperación²³¹.

Finalmente, se declara administrativamente responsable a La E.S.E. Hospital Timothy Britton, por la pérdida de oportunidad en la recuperación del señor Dinston Downs Escalona, por no ofrecer el tratamiento oportuno a la enfermedad que lo aquejaba, pues si bien es cierto, que no se logró establecer que esta fuera la causa determinante del deceso, si resulta comprometida la demandada por concepto del daño consistente en la pérdida de la oportunidad.

1.18 Ciudadana termina con parálisis en el miembro inferior derecho, debido a una cirugía de corrección de hernia discal²³²

En el año 2000 una mujer acude a los servicios médicos de la Policía Nacional, a raíz de una dolencia lumbar, exactamente acudió a la Clínica Pajonal del municipio de Caucasia (Antioquia) en donde le ordenaron varios exámenes, los cuales, por su complejidad, no se podían realizar en la referida institución, razón por la que fue remitida de urgencia a la Clínica Regional Nuestra Señora de Belén de la Policía

²³¹ Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección A, M.P. Hernán Andrade Rincón, Exp. 32297, 12 de marzo de 2015.

²³² Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección A, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Exp. 44118, 13 de noviembre de 2018.

Nacional, la cual actualmente se conoce como la Clínica Regional del Valle de Aburrá. Allí fue atendida por el ortopedista Pascual Correa Valderrama, quien, luego de revisar el resultado de la resonancia magnética nuclear que le practicaron a la mencionada paciente, señaló que era necesario realizarle una intervención quirúrgica, la cual no representaría riesgo alguno, pues la hernia discal que tenía no era de tamaño considerable, sin embargo, como consecuencia de este procedimiento quirúrgico, la paciente sufrió una paresia dorsiflexora – evertora o parálisis en el miembro inferior derecho, producto de esta intervención, así mismo, el galeno señaló que no había encontrado la hernia discal debido a que ésta pudo haberse desplazado a otro sitio o pudo haber desaparecido.

Al observar que no había ningún cambio positivo en la movilidad de su miembro inferior derecho, solicitó nuevamente cita con el doctor Pascual Correa Valderrama, quien le ordenó una electromiografía y le indicó que la paresia que padecía posiblemente se debía a la desvascularización del nervio ciático. Indicaron que, luego de la valoración realizada por la junta médica del Hospital Central de la Policía Nacional en Bogotá, se le dijo a la paciente que era necesaria una nueva intervención, pues de lo contrario perdería completamente la movilidad en la pierna derecha, razón por la que el 14 de noviembre del año 2000, se interviene nuevamente, pese a que se hace todo lo medicamente posible se diagnostica con daño irreversible y se debe optar por un trasplante de tendón.

En este caso el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, consideró que había lugar a la aplicación de pérdida de oportunidad, basado en las siguientes consideraciones:

“La Sala considera que el daño antijurídico sufrido por los demandantes debe indemnizarse, toda vez que, si bien no se demostró que la lesión que padece la señora Ximena Balcázar Palacios fue causada durante el procedimiento quirúrgico que le practicaron el 24 de julio de 2000, sí está acreditado que si en esa cirugía le hubieran extirpado la hernia discal que tenía habría existido la posibilidad de mejorar el cuadro de paresia severa que presentaba en su

miembro inferior derecho; al respecto señaló el dictamen acabado de citar que “la causa que produjo la Paresia Severa de Miembro inferior derecho fue la Hernia Discal cuyo pronóstico y evolución final hubiese sido mejor con el éxito de la primera cirugía ... pues cómo se justifica entonces que en un segundo procedimiento donde si es probable que la estructura anatómica haya variado con la primera intervención se encuentra dicha hernia, se corrige y el cuadro de paresia mejora considerablemente” .

En ese orden de ideas, es claro que la cirugía que le practicaron a la señora Ximena Balcázar Palacios el 24 de junio de 2000 compromete la responsabilidad patrimonial de la demandada, pues se configuró así una pérdida de oportunidad para que la acá demandante mejorara su salud, ya que, como se evidencia en su historia clínica, transcurrieron varios meses para que le practicaran con éxito el procedimiento quirúrgico que necesitaba (disectomía lumbar), el cual era necesario para mejorar, como en efecto ocurrió, la paresia existente.

(...)

Pues bien, aunque en el sub lite no se tiene certeza hasta qué punto se hubiera corregido o mejorado la lesión que padece la demandante si la cirugía practicada el 24 de julio de 2000 hubiera sido exitosa, de lo que sí existe certeza es de que, si en ese procedimiento se hubiera extirpado la hernia discal, no se le habría hecho perder al menos la oportunidad de mejorar su salud anticipadamente, pues, según las pruebas trascritas, con el segundo procedimiento quirúrgico –el del 15 de noviembre de 2000- la paciente mejoró considerablemente la paresia que padecía en su miembro inferior derecho.

De conformidad con la sentencia acabada de citar, no se reconocieron los perjuicios materiales e inmateriales pretendidos por los demandantes, pues, se reitera, no son consecuencia de la lesión que padecía la señora Ximena Balcázar Palacios, sino de un perjuicio autónomo consistente en la pérdida de la oportunidad de haber mejorado la paresia severa que padecía en su miembro inferior derecho.

Así las cosas, en atención al principio de equidad utilizado en estos casos, para efectos del reconocimiento del perjuicio y a las condiciones especiales acreditadas en la historia clínica y en el dictamen médico, esto es, que se trataba de una mujer de 36 años en el momento de los hechos y que padece de una pérdida de la capacidad laboral del 28,15%, la Sala considera que una tasación justa y acorde con el daño sufrido por los demandantes, es de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de ellos.

1.19 Muerte de menor en centro hospitalario por paro cardio respiratorio²³³

Un menor afiliado al SISBEN ingresó al Hospital Infantil Napoleón Franco Pareja de la ciudad de Cartagena, remitido por el CAP de la Esperanza, luego de que presentara cuadro clínico progresivo por cuatro días de diagnóstico médico de falla hepática, encefalopatía hepática grado II, complicaciones respiratorias y síndrome anémico severo, el menor fue internado de inmediato en el Hospital Napoleón Franco Pareja, en el que fue estabilizado en relación con las patologías que presentaba; sin embargo, el daño hepático era significativo, por el que el médico tratante de la institución ordena la remisión del menor a un hospital de nivel de complejidad IV para que se le practique un trasplante de hígado.

El Hospital Napoleón Franco Pareja, de acuerdo con los hechos de la demanda, no realizó ningún procedimiento para el traslado del menor, motivo por el cual, fallece el paciente como consecuencia de un choque hipovolémico secundario a várices esofágicas sangrantes, falla multisistémica y falla hepática fulminante.

Como consecuencia, señaló la Alta Corporación que, al encontrarse probada la omisión de la entidad, ésta le quitó la oportunidad al menor de ser atendido en una institución de mayor nivel de complejidad y ser evaluado por especialistas, en este

²³³ Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección A, M.P. Martha Nubia Velásquez Rico, Exp. 46375, 01 de octubre de 2018.

caso el Consejo de Estado argumentó:

“Para la Sala también es claro que la falta de la remisión a una entidad de nivel superior de complejidad y la autorización de la cirugía de trasplante por parte del DADIS pudo no ser la causa adecuada del daño, resumido en la muerte del menor Martínez Murillo, pero sí la causante de la pérdida de oportunidad o pérdida de chance de ser atendido por especialistas, ser intervenido quirúrgicamente y de tener la posibilidad de recuperarse, frente a la cual esta Corporación así se ha pronunciado:

“Se ha señalado que las expresiones ‘chance’ u ‘oportunidad’ resultan próximas a otras como ‘ocasión’, ‘probabilidad’ o ‘expectativa’ y que todas comparten el común elemento consistente en remitir al cálculo de probabilidades, en la medida en que se refieren a un territorio ubicable entre lo actual y lo futuro, entre lo hipotético y lo seguro o entre lo cierto y lo incierto (...) Es decir que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener o no cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades²³⁴”.

Por lo anterior, la Sala insiste que, ante la dificultad de indemnizar en este tipo de casos con base en datos estadísticos o exactos, se debe acudir al criterio de equidad, a fin de evitar condenas en abstracto como ya lo ha hecho esta Subsección en anteriores casos de indemnización del perjuicio autónomo por pérdida de oportunidad.²³⁵

Finalmente, no se reconocen perjuicios morales los cuales fueron pretendidos por los demandantes con ocasión de la muerte del menor donde surge la indemnización, sino como un perjuicio autónomo consistente en la pérdida de la oportunidad de haber accedido a los servicios de salud requeridos.

²³⁴ Ibidem.

²³⁵ Nicho citacional: Consejo de Estado Sección Tercera Subsección A, Sentencias del 13 de marzo de 2013, exp. 500012331000199605793-01 (25.569) y del 21 de marzo de 2012, exp. 54001233100019972919-01 (22.017), ambas con ponencia del Magistrado Mauricio Fajardo Gómez.

1.20 Paciente fallece a la espera de una cirugía²³⁶

Un afiliado al Instituto de Seguros Sociales – ISS, ingresó a urgencias de la clínica “Comuneros”, luego de que presentara dolor en el pecho y asfixia, allí le diagnostican *“falla ventricular incipiente, cardiopatía dilatada, cardiopatía valvular aórtica y cardiopatía hipertensiva”*; por esta razón, fue trasladado a cuidados intensivos por dos días y luego fue hospitalizado hasta el 19 de abril de ese mismo año. El 24 de abril de 2001, el señor Quijano Santamaría fue valorado por un médico cardiólogo, quien conceptuó que el paciente requería una nueva valoración por parte de cirugía cardiovascular para un posible cambio valvular aórtico.

Se afirmó que luego de la valoración, se le realizó la práctica de coronariografía y cateterismo; además, se dijo que requería el cambio valvular aórtico, por lo que fue hospitalizado entre el 24 y 26 de julio de 2001, la cirugía fue autorizada para el mes de noviembre de ese año; sin embargo, no se realizó porque el paciente presentó una alergia en su piel y no lo reprogramaron porque no había contrato con la *“Fundación Cardiovascular”*, sin embargo, le ofrecen una solución de traslado a Barranquilla a lo que los demandantes se niegan, el paciente interpone una acción tutela en contra del Instituto de Seguros Sociales para que dicho procedimiento sea realizado en la ciudad de Bucaramanga; la tutela es fallada a su favor, pero lamentable el paciente falleció el 6 de julio de 2003, luego de sufrir un infarto sin que a éste se le hubiera practicado la cirugía ordenada.

En este caso, para la Sala, *“el daño consiste en la pérdida de la oportunidad del señor Quijano Santamaría, al no haber tenido acceso al procedimiento quirúrgico ordenado por los especialistas, lo cual no fue posible por los problemas administrativos del Instituto de Seguros Sociales, que dilató la práctica de este. Por tanto, para la Sala, las pruebas aportadas al proceso permiten evidenciar que el*

²³⁶ Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección A, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico, Exp. 44740, 05 de julio de 2018.

Instituto de Seguros Sociales en liquidación actuó de manera negligente al omitir la práctica de la cirugía de reemplazo de válvula aórtica al señor Armando Quijano Santamaría, como le era jurídicamente exigible hacerlo²³⁷.

Ahora bien, en relación con los perjuicios pretendidos por la parte actora y al encontrarse probada la negligencia por parte de la demandada por cuanto le quitó la oportunidad al paciente de ser intervenido quirúrgicamente, se condena al Instituto de Seguros Sociales en liquidación por la pérdida de la oportunidad, así las cosas, por cuanto no existe un mandato legal relativo a la forma en la que se debe indemnizar la pérdida de oportunidad y en atención a que la solución asumida por esa Corporación también es aplicada en los fallos proferidos por la Corte Suprema de Justicia, en los que se ha señalado que, como esta figura constituye un daño autónomo, no deviene directamente, en este caso, de la muerte del paciente sino de la pérdida de la oportunidad como ya se dejó claro líneas atrás, la cuantía se valora de acuerdo con el principio de equidad.

²³⁷ Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección A, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico, Exp. 44740, 05 de julio de 2018.

CAPÍTULO IV

TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD MÉDICA Y SU APLICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SUBSECCIÓN B DEL CONSEJO DE ESTADO

INTRODUCCIÓN

En estas sentencias, se analizarán igualmente los casos relacionados con la responsabilidad médica en los que el acto médico no fue apropiado por no haber tenido la diligencia requerida o no haber cumplido con los parámetros mínimos y/o estándares de calidad que se requerían para atender el caso teniendo en cuenta que esas fallas relacionadas con la prestación del servicio de salud, las cuales serán estudiadas según la posibilidad de sobrevivir o curarse que perdió el paciente, y como la Subsección B en el periodo de 1999 a 2018, tuvo una evolución en la aplicación de la pérdida de oportunidad en dichos casos y la línea que acogió el Consejo de Estado en cada una de estas providencias para poder saber realmente si se está reparando la pérdida de oportunidad y cómo se logró la cuantificación para su reparación y si estos criterios de la Subsección B distan de lo atendido por la Subsección A que se estudió en el anterior capítulo, para ello se muestra de manera gráfica lo analizado por varios Magistrados Ponentes cuyos apartes se transcriben a continuación siguiendo igualmente la metodología de Diego López.²³⁸

CONSEJO DE ESTADO – SECCIÓN TERCERA			
SUBSECCIÓN	AÑO	MAGISTRADOS	ELEMENTO DE RESPONSABILIDAD
B	1999	- Jesús María Carrillo	-Daño antijurídico
	2002		-Nexo causal probado
	2004	- Ricardo Hoyos	-Daño antijurídico por falla en el servicio/carga de la prueba dinámica

²³⁸ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, El derecho de los jueces, Bogotá D.C., Legis, 2011.

	2013	- Danilo Rojas	No existe nexo causal, si se acredita que la omisión de la entidad frustra su chance de sobrevivir
	2017 – 2018	- Ramiro Pazos	- Pérdida de oportunidad daño en sí mismo en identidad y carácter propios.
	2018	- Stella Conto Díaz	-No hubo certeza del nexo causal, no se aplica la pérdida de oportunidad

1.1 Un ciudadano herido con arma cortopunzante, muere por error en el diagnóstico y prestación deficiente del servicio de salud.²³⁹

El 13 de septiembre de 1992, una persona resultó lesionada con arma cortopunzante en la región de la cabeza, razón por la que fue llevada al Hospital Universitario San Jorge para la correspondiente atención médica, quien fue atendida por la médico interna quien suturó la herida y lo dio de alta, el 14 de septiembre el paciente persistía en su malestar y por ello fue conducido nuevamente hasta la sala de urgencia del mencionado hospital, en esta oportunidad lo atendió un nuevo médico la cual era estudiante de último grado de medicina.

A su turno, el nuevo médico tratante, ordena la hospitalización del enfermo, a quien se le practicó una escanografía, la cual muestra que existe una fractura frontal anterior izquierda, contusión periférica hemorrágica y otras complicaciones que deben ser tratadas quirúrgicamente. El 15 de septiembre se practica la cirugía drenando un hematoma. Sin embargo, el día 17 de septiembre el paciente fallece.

En este caso la Sala, señaló:

“Para la Sala es claro que el servicio funcionó en forma tardía y deficiente, y que si bien, como lo sostuvo el tribunal, no se puede imputar individualmente la culpa a alguno de los médicos o del personal paramédico que asistió al paciente desde

²³⁹ Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección B, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, Exp. 11943, 03 de mayo de 1999.

su ingreso al hospital, si es claro que el servicio no se prestó dentro de la oportunidad exigida y ello, sin reserva alguna, compromete en forma estructural la responsabilidad de la administración. Es cierto que la esperanza de vida, debido a la gravedad de la herida que presentaba, no era la más halagadora. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la valoración del daño se concreta a las posibilidades que perdió el paciente de obtener una intervención quirúrgica más adecuada en el tiempo, restando con esto posibilidades de sanación. Pues si bien no se acreditó categóricamente los efectos nocivos de la herida, lo cierto es que se puso en evidencia el incumplimiento de la obligación galénica que exige del personal médico y paramédico poner al alcance del paciente todos los medios, in extremis, y a no abandonarlo hasta que cese el riesgo para su salud.

(...)

En este caso, la Sala señaló que no se pudo determinar prueba de la participación determinante de la víctima en el hecho dañoso y mucho menos de que su conducta hubiere sido la causa exclusiva del daño, de manera que no hay lugar a eximir de responsabilidad a la entidad pública demandada, así las cosas en el caso sub-exámine, el daño resarcible se concreta en la disminución de las probabilidades de sobrevivir o de sanar, es por ello que el centro hospitalario ha privado al paciente por su retardo en la prestación del servicio de la posibilidad de recibir un tratamiento oportuno, lo que la doctrina define como pérdida de oportunidad.

Sin embargo, la Sala señaló que se deberían disminuir las condenas, en la medida en que no se indemniza en integridad el bien jurídico frustrado -la vida-, pues, este ya estaba bastante comprometido por la contundencia de la herida, ahora bien, tampoco se demostró que la herida inexorablemente habría de producir la muerte, pero sí parece claro que el paciente sufrió una disminución de las probabilidades de sanación, las cuales deben ser apreciadas por el sentenciador, en la valoración de los perjuicios, así:

“1. Por todo lo visto, se confirmarán las condenas proferidas por el Tribunal en favor de los familiares del finado, así:

Para Fernando Sosa Nañez y Berenice Benjumea (padres), el equivalente a 1000 gramos oro, para cada uno;

Para Julián, Andrea y Eugenio Sosa Benjumea (hermanos), a través de sus representantes, el equivalente a 500 gramos de oro para cada uno;

Para Alexander Sosa Marulanda (hermano paterno) a través de su representante legal el equivalente a 500 gramos oro.

Para Claudia Patricia Sosa Benjumea (hermana) el equivalente a 500 gramos de oro.

Finalmente se anota que los hechos y omisiones aquí analizados comprometen la responsabilidad del Hospital Universitario San Jorge de Pereira que es una entidad descentralizada indirecta del orden departamental, como se acreditó con la copia del acto jurídico de su creación (fol. 168, C.1-1), con el cual se sabe que cuenta con personería jurídica propia y autonomía presupuestal. Con respecto a los otros entes administrativos demandados - La Nación-Ministerio de Salud- Departamento de Risaralda, Instituto Municipal de Salud y la Universidad Tecnológica, no se acreditó que hayan incurrido en conductas vinculadas por acción o por omisión con el daño causado, razón por la cual, con relación a ellas, negaran las súplicas de la demanda.²⁴⁰

1.2 Paciente pierde el habla y movilidad por no informar sobre los riesgos de la intervención quirúrgica a la que iba a ser sometido²⁴¹

El 24 de mayo de 1994, solicitaron declarar patrimonialmente responsable al Hospital Militar Central por las lesiones causadas a un ciudadano producto del tratamiento médico (lesión tumoral en el cuello) al que fue sometido entre los días 13 al 18 de mayo de 1993; los galenos le habían dicho que esta cirugía se realizaba

²⁴⁰ Ibidem

²⁴¹ Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección B, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, Exp. 12706, 24 de enero de 2002.

para mejorar su estado, y no le advirtieron de mayores riesgos, luego de la operación en mención el paciente regresó a la habitación, pero con una congestión en la garganta, que le impedía hablar, al día siguiente un médico del Hospital Militar Central llamó a la esposa del paciente y le informó que lamentablemente después de operado había quedado paralizado del lado derecho y sin habla.

La Corporación ha venido construyendo el siguiente edificio jurisprudencial relativo al ejercicio de la medicina, así:

“dentro de él ha hecho de la presunción de falla del servicio un pilar fundamental de la responsabilidad patrimonial del Estado²⁴², en régimen del que corresponde al agente o servidor público frente al Estado. Entonces, corresponde a la entidad demandada demostrar que el daño por el cual se acciona, se produjo a pesar de la suficiente diligencia y cuidado suyo, o que sobrevino por fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o por el hecho exclusivo y determinante de un tercero, con lo cual o se desvirtúa la falla presunta o se fulmina el nexo causal necesario para integrar el trípede sobre el cual se edifica la responsabilidad²⁴³. Tratándose de la actividad médico-quirúrgica, ésta requiere de especial cuidado y diligencia dados los riesgos particulares de cada caso, circunstancia que además impone la obligación de informar de manera completa y clara al paciente no solo de los reglamentos del establecimiento hospitalario, o de los procedimientos que requiere, sino de las vicisitudes y eventualidades que pueden llegar a presentarse en su curso, con ocasión de o con posterioridad a la intervención, y esa obligación de información adquiere especial importancia como actitud preventiva del galeno, así como trascendencia probatoria si con posterioridad a la actuación llegare a presentarse un accidente.

En este orden de ideas, y conocidos los resultados, que por cierto sirven de fundamento a esta demanda, habrá de CONDENARSE a la demandada por falla en la administración del servicio, que se repite, no consiste en falencia en la atención diligente y científica, sino por la omisión en el deber de información

²⁴² Nicho citacional: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de julio de 1992, Exp. 6897, artículo 90, inciso 2° C.P., culpa grave o dolo probados.

²⁴³ La responsabilidad de los centros de asistencia médica privada y del personal médico y paramédico a su servicio. Tesis Universidad Externado de Colombia, 1989, Patricia Molano, Bogotá, Colombia.

*al paciente, hecho que le impidió optar por someterse o rehusar la intervención médica y con ello perdió la oportunidad de no resultar afectado por una intervención que podía aceptar o no*²⁴⁴.

Así el Máximo Tribunal advierte, que la jurisprudencia en materia de responsabilidad médica tiende a asegurar la indemnización en los casos de accidentes, orientándose hacia una posible obligación de resultado, o hacia una responsabilidad objetiva a favor del paciente ilustrado sobre los riesgos inherentes a dicha actividad, en ese orden de ideas se condena a la demandada por falla en la administración del servicio, que se repite, no consiste en falencia en la atención diligente y científica, sino por la omisión en el deber de información al paciente, hecho que le impidió decidir si someterse o rehusarse a la intervención médica y con ello perdió la oportunidad de no resultar afectado por una intervención que le quito la vida.

Es así, como la última instancia señala que la pérdida de una oportunidad como perjuicio futuro siendo creíblemente irremediable también puede implicar repercusiones futuras, porque o bien se prolonga en el tiempo como la pérdida de la posibilidad de una situación superior, o como la pérdida de una curación. La pérdida de la oportunidad de curarse o de sobrevivir se toma en consideración cuando es virtual y atribuible al accidente, en tanto que si ella es apenas eventual no será tenida como reparable: *“Si la víctima o sus causahabientes pueden establecer que sus oportunidades de curación hubiesen sido más grandes si el médico le hubiera dispensado cuidados más atentos, ella podría obtener por ese concepto indemnización de daños y perjuicios*²⁴⁵.

En el caso sub - análisis, la oportunidad habría consistido, si no en curarse, sí en no agravarse y mantenerse en el estado en que se encontraba, y que se los demandantes valoran como superior a aquel en que el paciente quedó luego de la

²⁴⁴ Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección B, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, Exp. 12706, 24 de enero de 2002.

²⁴⁵ La Responsabilité Civile, Philippe Le Tourneau, Dalloz, 1972, p. 112.

intervención a la cual fue sometido, sin la suficiente ilustración sobre el grave riesgo que corría, teniendo en cuenta el ya deteriorado estado de salud presentado por el paciente antes del 13 de mayo de 1993, y el dictamen médico laboral rendido con posterioridad, la Sala, en aplicación del principio de arbitrio judicial, considera justo y proporcional al 50% del perjuicio causado el cual se advierte, no fue por la falla en la atención médica propiamente dicha, la cual fue diligente y oportuna, sino en la pérdida de oportunidad del paciente, de conocer los riesgos del procedimiento al cual fue sometido.

1.3 Muerte de madre gestante posterior a legrado.²⁴⁶

Los hechos se presentaron el 25 de julio de 1997, en la cual una mujer asistió a consulta médica en la clínica regional Nuestra Señora de Fátima, que pertenece a la Policía Nacional, por presentar dolor en el vientre. *“El profesional de la medicina aparentemente se limitó a colocarle una inyección intravenosa y a recetarle Milanta, porque de pronto era una gastritis y la enviaron a la casa, diciéndole que lo que necesitaba era reposo”*, sin embargo, le ordenaron una prueba de embarazo, la cual dio resultado positivo.

Al día siguiente la mujer asiste a urgencias y presentar sangrado y cólicos, y se limitan a darle calmantes para tratar el dolor, sin embargo, debido a los indebidos tratamientos a los que fue sometida, posteriormente le practicaron el legrado, del cual salió en peores condiciones, por ello le ordenan trasladarla al hospital departamental esa misma noche, pero lamentable esta fallece al otro día. El Alto Tribunal firmó:

“El acuerdo al que llegaron las partes está en armonía con las directrices jurisprudenciales de la Sala sobre la responsabilidad del Estado por responsabilidad médica. (...)

²⁴⁶ Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección B, M.P. Ricardo Hoyos Duque, Exp. 25416, de fecha 10 de julio de 2004.

No obstante, en la última década se introdujeron algunos criterios con el objeto de morigerar la carga de la prueba de la falla del servicio, aunque siempre sobre la noción de que dicha falla era el fundamento de la responsabilidad de la administración por la prestación del servicio médico.

El primer desarrollo del problema estuvo referido a la aceptación de la prueba de la falla del servicio por inferencia, es decir, a través de la acreditación de las circunstancias que rodearon el caso concreto, de acuerdo con las cuales pudiera el juez deducir dicha falla (falla virtual), en aplicación del principio res ipsa loquitur (las cosas hablan por sí solas).

En sentencia de octubre 24 de 1990, expediente No. 5902, se empezó a introducir el principio de presunción de falla del servicio médico, que posteriormente sería adoptado de manera explícita por la Sección. En esa providencia se consideró que el artículo 1604 del Código Civil debía ser aplicado también en relación con la responsabilidad extracontractual y en consecuencia, la prueba de la diligencia y cuidado correspondía al demandado en los casos de responsabilidad médica.

La presunción de falla del servicio médico que con esta posición jurisprudencial se acogió, fue reiterada en decisión del 30 de junio de 1992, expediente No. 6897, pero con una fundamentación jurídica diferente, la cual hacía referencia a la posibilidad en que se encuentran los profesionales, dado su “conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta”, de satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que puedan formularse contra sus procedimientos.

Es de resaltar que la presunción que en esas providencias adoptó la Sala, no es excepcional. En el apartado 2 del artículo 1 de la proposición de Directiva de la Comisión de las Comunidades Europeas del 9 de noviembre de 1990 sobre la responsabilidad del prestador de servicios, se dispone que “la carga de la prueba de la falta de culpa incumbe al prestador de servicios”²⁴⁷. Esta inversión de la carga de la prueba parte también, en la comunidad europea, de la idea de que el profesional dispone de conocimientos técnicos, de las informaciones y de los

²⁴⁷ DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño). Madrid, Ed. Civitas S.A., 1995, pág. 42.

documentos necesarios que le permiten aportar más fácilmente la prueba de su ausencia de culpa.

Más recientemente, la Sala ha cuestionado la presunción de la falla del servicio y ha señalado, en aplicación de la teoría de la carga dinámica de las pruebas, que dicha presunción no debe ser aplicada de manera general sino que en cada caso el juez debe establecer cuál de las partes está en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia. Ha dicho la Sala:

“...no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas y científicas. Habrá que valorar en cada caso, si estas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio”²⁴⁸

En este caso, se condena a la Nación a reparar los perjuicios morales y materiales por este tipo de daño, el cual terminó con la vida tanto de la madre como del hijo, sin embargo, en esta decisión puede verse como se acreditó la falla del servicio médico, aplicando el principio de la carga dinámica de las pruebas o como lo señaló la Sala a través de una inversión de la carga, lo anterior, debido al alto grado de dificultad que se presenta en este tipo de situaciones que tienen un carácter meramente científico.

²⁴⁸ Nicho citacional: Sentencia del 10 de febrero de 2000, Exp: 11.878. En el mismo sentido, sentencia del 8 de febrero de 2001, Exp: 12.792., sentencias del 7 de octubre de 1991 y del 14 de febrero de 1992, sentencia del 13 de septiembre de 1991, Exp: 6253.

1.4 Muerte de paciente por retardo excesivo e injustificado en el diagnóstico y procedimientos indicados por la ciencia médica para confirmar el cuadro clínico descrito por el médico general.²⁴⁹

En este caso, se señala que la institución demandada dejó de utilizar todos los recursos a su alcance para hacer un diagnóstico oportuno y adecuado de la patología padecida por un joven, lo cual a su vez, impidió iniciar prontamente el tratamiento requerido, pese a que el paciente fue atendido en el servicio de urgencias del ISS y que fue sometido a un conjunto de exámenes orientados hacia tal propósito, hubo un retardo excesivo e injustificado en el diagnóstico porque se dejaron de practicar oportunamente los procedimientos indicados por la ciencia médica para confirmar el cuadro clínico descrito por el médico general, pues el diagnóstico inicial fue un absceso facial interciliar (errado), siguió con sinusitis-bronquitis (errado), para terminar con una meningitis bacteriana diagnóstico final (correcto).

Este hecho tiene gran relevancia en este caso pues a efectos de determinar si el daño puede imputársele a la entidad, pues es evidente que la falta de un diagnóstico oportuno retardó la iniciación del tratamiento que hubiese podido salvarle la vida.

La Sala, en el presente caso señala que la conducta omisiva de la entidad demandada disminuyó sus oportunidades de sobrevivir. En otras palabras, si bien no puede considerarse probada la relación de causalidad entre la actitud omisiva de la entidad demandada y la muerte del paciente, sí está claramente acreditada aquélla que existe entre dicha actitud y la frustración de su *chance* de sobrevivir. Esta distinción es fundamental, según lo dicho por la jurisprudencia, para “*enervar cualquier observación relativa a la laxitud en la prueba de la causalidad*”²⁵⁰, ya que

²⁴⁹ Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección B, M.P. Danilo Rojas Betancourth, Exp. 31724, 31 de mayo de 2013.

²⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de febrero de 2000, exp. 11.878, C.P. Alier Eduardo Hernández.

este elemento de la responsabilidad se encuentra totalmente acreditado respecto de un daño cierto y actual, que no es la muerte, sino la disminución de probabilidades de evitarla²⁵¹.

En este punto indicó la Sala:

“si bien no puede considerarse probada la relación de causalidad entre la actitud omisiva de la entidad demandada y la muerte del paciente, “sí está claramente acreditada aquella que existe entre dicha actitud y la frustración de su chance de sobrevivir”, por esta razón, la Sala declaró administrativamente responsable al Instituto de Seguros Sociales, por la pérdida de oportunidad causada al demandante Ciro Alfonso Guerrero Chacón y condenó al Instituto de Seguros Sociales a pagar por concepto de perjuicios morales a favor de Luis Alberto Guerrero Ferrer y María Rosario Chacón Rodríguez lo equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno de ellos; y a favor de Hugo Alberto Guerrero Chacón y Eddy Belén Guerrero Chacón lo equivalente a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes²⁵²”.

1.5 Mujer fallece de un infarto al miocardio horas después de ser diagnosticada con síndrome vertiginoso.²⁵³

Una señora fue atendida en la Clínica Manizales S.A., la cual se encontraba afiliada a la Caja Nacional de Previsión Social (CAJANAL), fue atendida en la Clínica Manizales S.A., por enfermedad coronaria, el 14 de agosto de 1999 a las 22:00 horas, ingresó al servicio de urgencias por presentar mareos, desvanecimiento y pérdida de conocimiento, en la valoración, el médico de turno le diagnóstico síndrome vertiginoso por problemas en el sistema vestibular, se le prescribe un medicamento para ello y la envía de regreso a su casa. Horas más tarde, la paciente

²⁵¹ Al respecto, Luis Felipe Giraldo Gómez, *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil*, Universidad Externado de Colombia, primera edición, Bogotá, 2011, pp. 172-267.

²⁵² Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección B, M.P. Danilo Rojas Betancourth, Exp. 31724, 31 de mayo de 2013.

²⁵³ Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección B, M.P. Ramiro Pazos Guerrero, Exp. 25706, 05 de abril de 2017.

es llevada al servicio de urgencias esta vez al Hospital de Caldas E.S.E., por continuar con sus molestias, sin embargo, la diagnostican con paro cardiorrespiratorio; más precisamente *“infarto agudo de miocardio con choque cardiogénico”* por lo que fue remitida horas más tarde a la Unidad de Cuidados Intensivos donde su estado de salud se empeora hasta su deceso.

La alta Corporación, en este caso hace un estudio bastante amplio respecto de la aplicación de la teoría de pérdida de oportunidad, en el cual se concluye que no hay certeza si la paciente hubiese sobrevivido, así las fallas en la prestación del servicio no se hubiesen presentado, pues como lo señala el órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa, se debe contar con elementos objetivos que sustenten la condena, ya que lo equitativo no debe ser confundido con lo arbitrario, y por eso después de analizar tanto los hechos como las pruebas, sostiene:

“A la luz de las anteriores consideraciones teóricas, la Sala debe estudiar el primer elemento del daño de pérdida de oportunidad consistente en determinar si en el caso concreto, como consecuencia de las fallas en la prestación del servicio médico brindado a la paciente Campiño Agudelo, las entidades demandadas incidieron o no en su muerte (a). Habiéndose constatado que la muerte de la señora Campiño no les es imputable, se estudiarán los otros elementos del daño de pérdida de oportunidad (b) y si se acreditaron irregularidades en la prestación del servicio médico consistentes en un error de diagnóstico -análisis de la falla del servicio por error de diagnóstico (obligaciones)- (c), por lo que de llegar a demostrarse que por dichas fallas se truncó la oportunidad de sobrevivir de la paciente, las entidades demandadas serán llamadas a responder -análisis de imputabilidad del daño pérdida de oportunidad debido a un error de diagnóstico- (d).

17.1. Lo anterior se justifica en atención a que la jurisprudencia de la Corporación²⁵⁴ ha señalado reiteradamente en muchas decisiones que para que se configure una falla en materia médica es preciso que se pruebe que la

²⁵⁴ Nicho citacional: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, M.P. Danilo Rojas Betancourth, Exp. 20315, 27 de abril de 2011.

atención fue deficiente o defectuosa, esto es, no se puso al servicio del paciente, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas, todos los recursos humanos, científicos y técnicos, o no se garantizaron los estándares de calidad establecidos por el estado del arte exigibles para recuperar o preservar la salud al momento en que ocurrió el hecho dañoso.

17.2. La Sala precisa que el apelante sustentó su recurso con base en los siguientes argumentos: i) la señora María Sened Campiño Agudelo no fue atendida oportunamente en el servicio de urgencias de la Clínica Manizales por no portar el carné que la acreditaba como afiliada de CAJANAL; ii) el médico de turno que la atendió en urgencias de la Clínica Manizales incurrió en error de diagnóstico al haber dictaminado síndrome vertiginoso por traumatismos en el sistema vestibular cuando en realidad los mareos y palidez que presentaba se relacionaban más con la enfermedad cardíaca que padecía y que no era desconocida por dicha institución; iii) no se le practicó ningún examen físico o clínico detallado para confirmar el diagnóstico estimado ni se la dejó en observación para examinar su evolución, sino que fue remitida a su residencia con medicamentos para el tratamiento del oído; iv) el Hospital de Caldas no le suministró a la paciente Campiño la medicina que requería con urgencia a fin de evitarle un daño irreversible; v) la paciente fue despojada de manera definitiva de la posibilidad de sobrevivir.

De acuerdo con los anteriores parámetros, en el caso concreto no hay fundamentos científicos y técnicos que permitan cuantificar el porcentaje de probabilidad que tenía la paciente de escapar del evento fatal, es decir, hay certeza sobre la pérdida de oportunidad de sobrevivir -comprobación de los elementos de la pérdida de oportunidad-, pero no acerca de la cuantía del perjuicio -falta de certeza cuantitativa-; no obstante, la Sala considera que sería inequitativo e injusto que no se profiriera condena a favor de los demandantes a sabiendas que está probado el daño.

26.2. En ese orden, la equidad como fundamento para cuantificar el perjuicio por la pérdida de oportunidad de sobrevivir que sufrió la señora Campiño, debe, sin duda, contar con elementos objetivos que sustenten la condena, puesto que

*lo equitativo no debe ser confundido con lo arbitrario. En este caso, tales elementos objetivos existen en el presente proceso y están representados en la certeza que tiene la Sala, según lo dicho claramente por la experticia científica, acerca de que si el acto médico se hubiera prestado con integralidad, se habría brindado opciones terapéuticas mejores a la señora Campiño que habrían disminuido la contingencia de complicaciones letales y reducido la incertidumbre entre lo que hizo el galeno de la Clínica de Manizales y lo que debió hacerse en el servicio de urgencias, de conformidad con la lex artis.*²⁵⁵.

Vale la pena, traer en cita lo analizado por el Consejo de Estado, frente al alcance adecuado de la pérdida de oportunidad que no debe ser otro que aquel que la concibe como fundamento de daño, proveniente de la violación a una expectativa legítima; es natural que en muchos casos se susciten eventos de incertidumbre causal, pero esto no justifica que se instrumentalice a la pérdida de oportunidad como una herramienta para resolver estos dilemas, no solo porque exonera al demandante de la carga de probar la relación existente entre el hecho dañoso y el perjuicio final, sino porque rompe la igualdad entre las partes al beneficiar a una de ellas con una presunción de causalidad que, en todo caso, será siempre improcedente.

Es así como en la decisión de la Sección Tercera del Consejo de Estado proferida el 11 de agosto de 2010²⁵⁶ se trajo a colación los requisitos para estructurar el daño de pérdida de oportunidad, los cuales deben tenerse en cuenta, así: *i)* certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde; *ii)* imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento; y *iii)* la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado.

²⁵⁵ Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección B, M.P. Ramiro Pazos Guerrero, Exp. 25706, de fecha 05 de abril de 2017.

²⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, rad. 18593. Reiteración en sentencia del 30 de enero de 2013, rad. 23769, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

La jurisdicción administrativa en última instancia señala que, a la vista de que no existen criterios consolidados en cuanto a la liquidación del daño de pérdida de oportunidad y de la visible repercusión en los montos de indemnización, resulta procedente sistematizar unos parámetros mínimos que de modo pedagógico e ilustrativo permitan orientar al juez en la fijación de su cuantía, lo que, sin duda, no solo creará un ambiente de igualdad y seguridad jurídica, sino que redundará en beneficio de las partes que concurran al proceso. Así las cosas, la Sala concluye que la expectativa de sobrevivida que tenía la paciente de escapar al evento fatal de muerte estaba cifrada alrededor de un 50% de posibilidades, índice que se aplicará a la liquidación de los perjuicios de orden material e inmaterial, por tal razón, se condenó a la Clínica de Manizales S.A., en su calidad de llamada en garantía a reintegrar al Ministerio de Salud y de Protección Social el 100% del valor de la condena impuesta a esta entidad estatal en esta sentencia.

1.6 Muerte de un menor después de ser intervenido tardíamente por una hemorragia subaracnoidea.²⁵⁷

Un menor ingresó al servicio de urgencias de la Unidad Hospitalaria Doce de Octubre de Medellín, con cefalea y vómitos, luego de haber sufrido una caída mientras jugaba básquetbol, sin embargo, el médico que lo atendió le dio de alta; pero el paciente continuó con la sintomatología por lo que fue llevado nuevamente a urgencias a la Unidad Hospitalaria de Castilla, donde los galenos tratantes le diagnosticaron un accidente cerebro vascular y lo remitieron a la E.S.E. Hospital General de Medellín “Luz Castro de Gutiérrez”, para que le realizaran los exámenes médicos correspondientes. Al paciente se le practicó un TAC que arrojó como resultado una “*hemorragia subaracnoidea*”, pero para proceder a intervenirlo quirúrgicamente, se requería la práctica de una angiografía cerebral, examen que, según los demandantes, se demoró injustificadamente y complicó el estado de salud del paciente, pero luego de la operación éste no recuperó la consciencia y falleció posteriormente.

²⁵⁷ Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección B, M.P. Ramiro Pazos Guerrero, Exp. 45138, 08 de agosto de 2018.

Resulta en este punto, relevante establecer si existió una falla en la prestación del servicio médico que permita imputar el daño a las demandadas, también deberá establecerse si dicho daño corresponde a la muerte del paciente en sí misma o a la pérdida de oportunidad de sobrevivir, de esta manera, es importante distinguir lo señalado por el Consejo de Estado:

“...en los casos en los que se reprocha una acción estatal, para que sea efectivo el juicio de responsabilidad extracontractual es indispensable comprobar la relación de causalidad fáctica entre una actividad y un daño, y que este último sea jurídicamente imputable a la entidad; en estos casos la relación causal es un presupuesto esencial; en cambio, en los casos en los que se presenta una omisión -como es el caso en estudio- para establecer un juicio de responsabilidad el presupuesto de causalidad es superfluo, ya que el daño tiene fundamento causal en un fenómeno natural. Sin embargo, esto no quiere decir que no pueda atribuirse responsabilidad a quien estaba llamado a prestar el servicio en forma idónea y oportuna, y esto solo es posible cuando se extrae de las pruebas vertidas en el plenario que la entidad infringió el deber funcional de evitar o prevenir el resultado dañoso²⁵⁸.

En la jurisprudencia de esta Corporación, respecto a la posibilidad de imputar a una entidad los daños productos de un diagnóstico errado, se ha considerado que la valoración del juez debe hacerse con especial cuidado y rigurosidad, en aras de evitar juzgar la conducta médica ex post sin un análisis serio y mesurado de la situación real en la que se encontraba el médico tratante, así como de los medios e instrumentos técnicos y científicos que tenía a su disposición. Ello, por cuanto la labor médica no constituye una operación matemática en virtud de la cual el resultado deba ser siempre correcto y exacto, toda vez que con facilidad los síntomas y signos que presenta un paciente suelen ser raros y difusos, de modo

²⁵⁸ Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección B, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, Exp. 43841, 09 de agosto de 2018.

* Nicho citacional ver sentencias de 10 de febrero de 2000, Exp. 11878, 27 de abril de 2011, Exp. 19846 y 31 de mayo de 2013, Exp. 31724, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de febrero de 2000, rad. 11878, M.P. Alíer Eduardo Hernández.

que no se puede reprochar a posteriori la labor del médico sin un estudio completo de la historia clínica y los demás medios al alcance del juez.

En tal sentido, la Sección Tercera ha señalado:

Teniendo en cuenta que el ejercicio de la medicina no puede asimilarse a una operación matemática y que a los médicos no se les puede imponer el deber de acertar en el diagnóstico, la responsabilidad de la administración no resulta comprometida sólo porque se demuestre que el demandante sufrió un daño como consecuencia de un diagnóstico equivocado, pues es posible que pese a todos los esfuerzos del personal médico y al empleo de los recursos técnicos a su alcance, no logre establecerse la causa del mal, bien porque se trata de un caso científicamente dudoso o poco documentado, porque los síntomas no son específicos de una determinada patología o, por el contrario, son indicativos de varias afecciones. (...) en los casos en los que se discute la responsabilidad de la administración por daños derivados de un error de valoración, la parte actora tiene la carga de demostrar que el servicio médico no se prestó adecuadamente porque, por ejemplo, el profesional de la salud omitió interrogar al paciente o a su acompañante sobre la evolución de los síntomas que lo aquejaban; no sometió al enfermo a una valoración física completa y seria; omitió utilizar oportunamente todos los recursos técnicos a su alcance para confirmar o descartar un determinado diagnóstico; dejó de hacerle el seguimiento que corresponde a la evolución de la enfermedad, o simplemente, incurrió en un error inexcusable para un profesional de su especialidad. (...)

El juez deberá hacer un análisis riguroso y completo de los medios a su alcance para establecer si hubo o no falla. En especial, deberá examinar la información consignada en la historia clínica con el fin de establecer qué acciones se llevaron a cabo para orientar el diagnóstico de la enfermedad. También deberá apelar, en la medida de lo posible, al concepto de peritos o expertos para aclarar aspectos de carácter científico que escapan a su conocimiento. No obstante, dada la complejidad de los factores que inciden en la exactitud del juicio, el juez tendrá que ser en extremo cuidadoso al momento de valorar esta prueba pues resulta relativamente fácil juzgar la conducta médica ex post. Por ello, la doctrina ha

señalado que “el juez y los peritos deben ubicarse en la situación en que se encontraba el médico al momento de realizar dicho diagnóstico.

En cuanto a este punto, la Sala no puede pasar por alto que, siguiendo lo dicho tanto por la doctrina, como por la Corporación y teniendo en cuenta que la actividad médica no es una actividad infalible sino una ciencia probabilística basada en hipótesis, cuyo ejercicio está sorteado por factores aleatorios, a los profesionales de la salud no se les puede exigir el deber de acertar matemáticamente en el diagnóstico de manera exacta.²⁵⁹”

Para la Sala, es claro que la entidad prestadora del servicio de salud omitió la adopción de medidas necesarias y suficientes para ofrecer un tratamiento adecuado para el diagnóstico de la enfermedad, esto es, no prestó debidamente el servicio por cuanto omitió utilizar oportunamente todos los recursos científicos y técnicos a su alcance para procurar salvaguardar la vida del menor, aplicando un tratamiento adecuado y con ello evitar la producción del daño, quedó demostrado que el servicio prestado fue deficiente e inoportuno, lo cual constituyó un factor determinante para la producción del daño.

Por lo anterior, y de acuerdo a lo señalado en el dictamen, y de acuerdo con las cifras expuestas en la literatura médica, se encuentra demostrado que en los casos de complicaciones producto de re-sangrados, la tasa de mortalidad de pacientes que padecen hemorragia subaracnoidea es del 70%, de modo que, como el menor presentó dicho cuadro clínico, lo propio sería condenar a la entidad referida en un 30%, pues existe prueba científica que demuestra las probabilidades de sobrevivir con que contaba el paciente ante ese panorama, así las cosas, la Sala concluye que la expectativa de sobrevivida que tenía el menor de escapar al deceso estaba cifrada alrededor de un 30% de posibilidades, índice que se aplicó para la liquidación de los perjuicios de orden material e inmaterial.

²⁵⁹ Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección B, M.P. Ramiro Pazos Guerrero, Exp. 45138, 08 de agosto de 2018

1.7 Ciudadano fallece esperando atención médica oportuna y adecuada²⁶⁰

Un ciudadano ingresa al servicio de urgencias del Hospital Regional de Yopal E.S.E., y es diagnosticado con “*abdomen agudo y adherencias (bridás) intestinales con obstrucción*”, siendo examinado durante la noche del día 15 al 16 de diciembre de 2008, en dos oportunidades por el servicio de cirugía general, según se registra en los hechos de la demanda, por lo que en la segunda valoración ya era evidente un empeoramiento clínico por parte de este, se prescribió la realización de una laparotomía urgente, no obstante, dicha cirugía no se llevó a cabo sino pasadas más de 6 horas de espera, razón por la que el paciente presenta un paro cardiorrespiratorio y es tratado de reanimar sin éxito.

Ahora bien, señala la Sala enfáticamente que la ausencia en la historia clínica del paciente de las notas de las valoraciones médicas realizadas por el servicio de cirugía general durante la noche del 15 y la madrugada del 16 de diciembre no sólo es irregular, sino que constituye un indicio claro de responsabilidad en contra del hospital demandado, por esta razón la sala concluye:

“Ahora bien, vale la pena señalar que aunque es cierto que, según se extrae de los dictámenes, hay un porcentaje importante de casos en los que la realización oportuna de la cirugía resulta exitosa para salvar la vida del paciente, lo cierto es que nada en dichos dictámenes permite concluir que los porcentajes de sobrevivida allí señalados apliquen para la condición específica del paciente Romero Arévalo quien, como se insiste, presentaba un amplio compromiso general y tuvo una evolución tórpida en pocas horas. Esta conclusión también excluye el que la Sala pueda tener por acreditada la causación del daño consistente en la pérdida de oportunidad de sobrevivida en tanto que, de acuerdo con su jurisprudencia²⁶¹, este tipo de daño sólo puede considerarse demostrado cuandoquiera que hay certeza sobre la oportunidad perdida, elemento que,

²⁶⁰ Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección B, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo (E), Exp. 43841, 09 de agosto de 2018.

²⁶¹ Sentencia de 5 de abril de 2017, exp. 25076, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

justamente, falta en este caso.

11.5.3.4. Tampoco puede afirmarse que la muerte del señor Romero Arévalo sea atribuible a la falta de aplicación del antibiótico de que carecía la farmacia del hospital, o al hecho de que el paciente no hubiere sido remitido a un ente hospitalario que contara con unidad de cuidados intensivos desde antes de la realización de la cirugía, pues nada en el expediente permite concluir que se hubiere tratado de factores relevantes a la hora de interrumpir el curso patológico del paciente”²⁶².

Así las cosas, advirtió el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo que en este caso no se pudo acreditar la pérdida de oportunidad, pues no hubo certeza de que la cirugía evitara la muerte del paciente, basado en lo siguiente:

“Aunque es cierto que, según se extrae de los dictámenes, hay un porcentaje importante de casos en los que la realización oportuna de la cirugía resulta exitosa para salvar la vida del paciente, lo cierto es que nada en dichos dictámenes permite concluir que los porcentajes de sobrevivencia allí señalados apliquen para la condición específica del paciente Romero Arévalo quien, como se insiste, presentaba un amplio compromiso general y tuvo una evolución tórpida en pocas horas. Esta conclusión también excluye el que la Sala pueda tener por acreditada la causación del daño consistente en la pérdida de oportunidad de sobrevivencia en tanto que, de acuerdo con su jurisprudencia, este tipo de daño sólo puede considerarse demostrado cuandoquiera que hay certeza sobre la oportunidad perdida, elemento que, justamente, falta en este caso. Tampoco puede afirmarse que la muerte del señor Romero Arévalo sea atribuible a la falta de aplicación del antibiótico de que carecía la farmacia del hospital, o al hecho de que el paciente no hubiere sido remitido a un ente hospitalario que contara con unidad de cuidados intensivos desde antes de la realización de la cirugía, pues nada en el expediente permite concluir que se hubiere tratado de factores relevantes a la hora de interrumpir el curso

²⁶² Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección B, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo (E), Exp. 43841, 09 de agosto de 2018.

*patológico del paciente*²⁶³.

En esta ocasión, la Corporación sostuvo que la falta de atención médica oportuna y adecuada causó perjuicios morales al núcleo familiar cercano de la víctima, pues lo relevante para efectos de tasar este perjuicio fue la aflicción que pudo ocasionar el daño que se le imputó a la demandada, es decir, la falta de atención médica, aspecto que, generalmente, estará ligado a la envergadura de dicha falta.

²⁶³ Ibidem.

CONCLUSIONES

1. Cuando se trate de asuntos relacionados con la responsabilidad extracontractual del Estado y el actuar dañino de la administración por la falla en el servicio, la administración deberá responder por los daños antijurídicos que sufra el particular en desarrollo de un actuar lícito de la administración, como lo es la actividad médica.

2. Para que se declare la responsabilidad de la administración pública es preciso que se verifique la configuración de los dos elementos o presupuestos, según la disposición constitucional que consagra la institución jurídica, esto es, el artículo 90 superior, en consecuencia, es necesario que esté demostrado el daño antijurídico, así como la imputación fáctica y jurídica del mismo a la administración pública.

3. Siempre que se demuestra la existencia de un daño y que este le sea imputable a la administración, surge para este la obligación de repararlo, salvo que se logre romper el nexo causal.

4. La pérdida de oportunidad se caracteriza por estar ligada a un resultado aleatorio, el cual, siempre será esperado por la víctima de manera positiva, sin embargo, al estar este en el campo de la incertidumbre, siempre se verá obligado su estudio en el vínculo causal entre el accionar del personal médico y el estado del paciente.

5. En esta investigación se muestra que la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado en cuanto a la aplicación de la pérdida de oportunidad se encuentra desarrollado por la jurisprudencia y la doctrina. Sin embargo, es imposible que el derecho administrativo se mantenga inmóvil, pues los daños a los particulares por la actividad médica cada vez son mayores.

6. De conformidad con la jurisprudencia estudiada, se demuestra que cada vez son mayores las demandas de responsabilidad extracontractual contra el Estado; pues la defensa de la administración en muchas ocasiones se torna pasiva, lo que genera en muchos de los casos condenas injustas que atentan contra el erario público, lo anterior, se justifica en ocasiones a la dificultad para indemnizar un daño derivado de la actividad médica a través de datos estadísticos o datos exactos en los últimos años se acude al criterio de equidad a fin de evitar condenar en abstracto.

7. En el sistema médico, los causales de culpa son en esencia tres: Impericia, negligencia e imprudencia. Hay impericia cuando faltan la capacidad, habilidad, experiencia y conocimiento de quien emprende un tratamiento, particularmente cuando estos no han sido certificados por alguna institución reconocida legalmente. Se habla de negligencia cuando, a pesar del conocimiento de lo que debe hacerse, no se aplica y por lo tanto se produce un daño. Equivale a descuido u omisión. La imprudencia consiste una acción temeraria que se efectúa a pesar de haberse previsto el resultado adverso que ocasiona el daño en el enfermo. Esto equivale a efectuar un acto médico sin las debidas precauciones. Es la conducta opuesta a la que aconsejarían la experiencia y el buen sentido de un especialista en determinado aspecto de la medicina²⁶⁴

8. En cuestiones de responsabilidad médica se conocen el hecho causante y el daño, siendo el nexo causal el elemento más incierto por la dificultad que, en ocasiones, se presenta de establecer, por ejemplo, si la muerte surgió de las “complicaciones sobrevenidas de la evolución normal de la enfermedad” o “del acto terapéutico falible”.

9. Como puede apreciarse en la revisión realizada en la jurisprudencia del Consejo de Estado, en la temática relacionada con la reparación de los daños por

²⁶⁴ Médico Legal, Revista Colombiana para los Profesionales de la Salud”, autores: Fernando Guzmán Mora – médico-, Eduardo Franco Delgadillo –abogado- y Guillermo Rodríguez –abogado-. Enlace: <http://www.medicolegal.com.co>).

responsabilidad médica ha sido materia de una constante transformación en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo que no necesariamente conlleva un beneficio para la seguridad jurídica, la responsabilidad por falla médica ha evolucionado a lo largo de los años, pasando desde el régimen de falla probada del servicio, la falla presunta del servicio, la carga dinámica de la prueba y en el año 2006, mediante Sentencia del 31 de agosto, volvió al régimen de falla probada, en razón de la complejidad de los temas médicos y la dificultad para las instituciones públicas en el ámbito probatorio, debido al tiempo que transcurre y la cantidad de casos que manejan los casos de falla médica son revisados actualmente bajo el régimen de la falla probada del servicio, en el cual no solo debe demostrarse la existencia de un daño, sino también su imputabilidad a la entidad que se demanda.

10. En nuestro país, tanto en la jurisprudencia civil como de lo contencioso administrativo, se ha enganchado en aquella doctrina francesa que ha incorporado a la pérdida de oportunidad como un daño indemnizable con autonomía propia.

11. La pérdida de chance constituye un daño actual que se identifica no con la pérdida de un resultado útil sino con la pérdida de la posibilidad de conseguirlo y necesita, para tal fin, que sean cumplidos presupuestos concretos para la realización del resultado esperado, o sea una probabilidad de éxito mayor a 50%²⁶⁵.

12. La pérdida de la oportunidad es un concepto jurídico que permite establecer y definir problemas de atribución de la responsabilidad, en todos aquellos eventos en que no existe prueba suficiente del nexo causal que define una determinada relación causa – efecto, así las cosas, el análisis de esta figura debe realizarse en sede de la imputación fáctica.

13. Tanto la jurisprudencia como la doctrina han tratado de darle respuesta a las realidades que sobrevienen de las fallas en el servicio de salud, las cuales se caracterizan por la dificultad para apreciar la certeza de si se ocasionó un perjuicio.

²⁶⁵ CHIMENDI, Domenico. *Il danno da perdita di chance*, 2ª ed., ob. Cit, pp. 11-12. Cita tomada de Arenas Mendoza, Hugo Andrés. *El régimen de responsabilidad objetiva*. Ed. Legis. 2017, p. 251.

14. Casi en todos los casos bajo estudio se condena por pérdida de oportunidad por irregularidades en la historia clínica o por falta de esta, e la cual el Consejo de Estado constituyó en este hecho como un indicio claro de irresponsabilidad en contra del demandado.

15. La pérdida de oportunidad es un elemento que hoy le permite al juez en materia de responsabilidad médica saber si el profesional actuó de manera diligente, cuidadosa y conforme a los procedimientos establecidos, puesto que esta profesión es de medios y no de fin.

16. Existen pronunciamientos en los que si bien no se acreditaron todos los requisitos para aplicar la teoría de la pérdida de oportunidad, si se condena a la entidad demandada con fundamento en ella, pues el Máximo Tribunal consideró que al no ser atendido de manera oportuna por fallas administrativas, se evidenció que este actuar le resta probabilidades al paciente de recuperarse, sin embargo no se condena por el daño muerte sino por un evento de pérdida de oportunidad de recuperación, lo que prueba que esta teoría no es aplicada de manera uniforme por el Consejo de Estado, pues no en todos los casos los criterios del juez conducen a que existió un curso causal nocivo en el que cual estaba inmerso el paciente y por esta razón el mismo, no fue interrumpido por el personal médico.

17. Para la aplicación de la pérdida de oportunidad, se debe tener el elemento de certeza como fundamental, toda vez que sin él es imposible establecer el nexo causal y por consiguiente atribuir la responsabilidad y otorgar la indemnización de perjuicios a la víctima, de ahí a que su aplicación no se de manera uniforme, pues en la mayoría de los casos el nexo causal es difuso y no se puede determinar si el daño final se hubiere podido evitar.

18. Para el demandante en muchos casos le es muy difícil probar el nexo causal, en materia de responsabilidad médica, es por ello que es uno de los temas más controvertibles en el estudio de la responsabilidad civil, y por esa misma razón, se encuentran decisiones en las cuales no se logran acreditar todos los elementos

necesarios para la pérdida de oportunidad, y aun así se condena con fundamento en esta, para no condenar en abstracto.

19. Es importante señalar que en los procesos de responsabilidad, el daño es el primer elemento a estudiar, todo depende del elemento de la responsabilidad que se quiera hacer prevalecer, tal y como lo señala la jurisprudencia colombiana, en mayor medida en la anterior a la Constitución de 1991, la cual sostuvo con insistencia, que para que se declare la responsabilidad es menester que se presenten en forma concurrente una falla del servicio, un daño y una relación de causalidad entre uno y otro hoy en día, esta arista ha cambiado, porque la falla del servicio no se plantea necesariamente como un requisito de la responsabilidad.

20. El Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo se ha inclinado a aplicar la pérdida de oportunidad en aquellos casos en los que cobra mayor fuerza la incertidumbre y su relación acerca del beneficio a obtener más que en la prueba del nexo causal entre la pérdida de oportunidad y la actuación de la administración, en este caso representado por las Empresa Sociales del Estado – ESE.

21. En ocasiones la pérdida de oportunidad se indemniza como un rubro independiente y acompañado del reconocimiento de perjuicio moral; en otras, únicamente en el perjuicio moral y finalmente, en otras, se reconoce proporcionalmente respecto del daño final, incluyendo daño emergente, lucro cesante y perjuicio moral.

22. Conforme con lo señalado por la jurisprudencia, no existe consenso unificado en cuanto al alcance de la pérdida de oportunidad, el Consejo de Estado considera pertinente, desde un punto de vista meramente descriptivo, presentar las diferencias que subsisten al respecto en la Sección Tercera de esta Corporación en este documento subsección A y B, por lo tanto, se debe tener en cuenta las dos posturas jurisprudenciales, la primera, con fundamento en los elementos de configuración y la segunda en los supuestos de responsabilidad en la pérdida de oportunidad para el paciente.

23. El Consejo de Estado al aplicar la teoría de la pérdida de oportunidad en ciertos condena con fundamento en la causalidad probabilística, es decir, que le impone al actor una fracción o porcentaje del perjuicio final, es decir, libera al demandado en un pequeño porcentaje y se lo impone a la víctima pues se logra evidenciar que con su conducta pudo incidir en la producción del daño, esto es la teoría relacionada con la imputación.

24. Revisadas la jurisprudencia de las dos subsecciones A y B, en muchos casos se considera que la pérdida de oportunidad representa un fundamento de daño, cuya reparación se efectúa no en función de la probabilidad de existencia del nexo causal entre el hecho dañoso y el daño final, sino en función de la frustración de la que se privó a la víctima.

25. A pesar del gran desarrollo de la pérdida de oportunidad, no deja de presentar dificultades probatorias entre la conducta del demandante y el hecho final, sin embargo, se demostró que es un instrumento de facilitación probatoria el cual permite al operador de justicia aplicar esta figura y recurrir a la equidad en los términos del artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

26. La pérdida de la oportunidad es una teoría que permite dar solución a casos que tiene problemas para establecer el nexo causal, pues como se evidenció a lo largo de este estudio, el vínculo existente entre la conducta activa u omisiva y el resultado debe tener toda ausencia de duda en que la víctima realmente se privó de una oportunidad real de recuperación.

27. Por todo lo anterior, se puede concluir que los criterios jurisprudenciales establecidos por el Consejo de Estado no garantizan uniformemente los derechos de la víctima, cuando se acude a la aplicación de la figura de pérdida de oportunidad en materia de responsabilidad médica en Colombia, puesto que los perjuicios no dejan de estar a motu proprio del juez, por cuanto su identificación causal siempre será compleja.

28. Se puede evidenciar que en la subsección A, la posición mayoritaria acude a la aplicación de la pérdida de oportunidad como un daño resarcible de carácter autónomo, en el que imputa al actor un porcentaje en el daño final pues su conducta pudo incidir en el resultado final, en cuanto a la subsección B, en los casos bajo estudio se valoran los estragos producidos por la figura de pérdida de la oportunidad; la cual representa un fundamento de daño la cual se repara de acuerdo a la frustración de la expectativa legítima.

29. La pérdida de oportunidad conforme a la jurisprudencia actual, en materia administrativa, debe cumplir con los siguientes requisitos: i) certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde; ii) imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento; y por último iii) la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado.

30. De las anteriores conclusiones resulta válido que la aplicación de la pérdida de oportunidad, solo tiene aplicación en aquellas situaciones en que existe duda o incertidumbre del nexo causal en la actividad médica, es decir, debe haber verdaderos motivos acerca de la posibilidad de recuperación o sobrevivencia del paciente, así las cosas, si no existe prueba de la causalidad, no será posible acudir a esta figura; en otros términos, la pérdida de la oportunidad no puede servir en todos los casos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A. LIBROS Y ARTÍCULOS

ANDUCKIA ÁVILA, Juan Carlos, CARRASQUILLA GUTIÉRREZ, Gabriel, HELFER-VOGEL Susanna, BARNETT Pearce W., VENEGAS VILLAMIL, Leonardo. La investigación, Ed. Alfaomega 2009.

ALPA, Guido. Nuevo tratado de la responsabilidad civil, Lima, Ed. Juristas, 2006.

ALTERINI ATILIO, Anibal y LOPEZ CABANA, Roberto. Temas de responsabilidad civil, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1995.

ARENAS CAMPOS Carlos Adolfo; CHARRY URUEÑA Juan Manuel; HERNÁNDEZ BECERRA Augusto; LLERAS DE LA FUENTE Carlos, *Interpretación y génesis de la Constitución de Colombia*, Departamento de Publicaciones de la Cámara de Comercio de Bogotá, 1993.

ARENAS, Hugo. *Responsabilidad objetiva*. Bogotá. Ed. Legis. 2013.

ARENAS, Hugo. *Responsabilidad objetiva*. Bogotá. Ed. Legis. 2017.

ARENAS Mendoza, Hugo Andrés, El régimen de responsabilidad subjetiva, Bogotá. Ed. Legis, 2014.

ARENAS Mendoza, Hugo Andrés. Un siglo de jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de responsabilidad extracontractual, Ed. Ibáñez, 2015.

ASENSI PALLARÉS, Eduardo. *La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica*. Revista CESCO de Derecho de Consumo. No. 8, 2013.

AVIAR Helena, LEMAITRE Julieta, PERAFÁM Betsy. Constitución y democracia en movimiento. Editorial Universidad de los Andes. Bogotá D.C., 2015.

DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo. Tratado de Responsabilidad civil, Madrid Ed. Civitas, 1993.

DE CUPIS, Adriano. El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Madrid: Bosch. 1975.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española, Madrid: Editorial Astrea. Vigésima segunda edición. 2001.

ENCARNA Roca Trías y Navarro Michel Mónica. Manuales de Derecho de Daños. Ed. Tirant lo Blanch, 2011.

ESCOBAR GIL, Rodrigo. Responsabilidad Contractual de la Administración Pública. Bogotá: Legis. 2003.

ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. La protección constitucional del Ciudadano. Bogotá: Legis. 2004.

FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. Responsabilidad civil médico-sanitaria, Pamplona, Aranzadi.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo II, 10ª Ed. Civitas, Madrid, 2006.*

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Revista de Responsabilidad Civil y del Estado, 2012, No. 30, febrero.

GHERSI, Carlos. *Teoría general de la reparación de daños.* Editorial Astrea-Urosario. 2013.

GHERSI, Carlos A, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1998.

GHERSI, ROSELLO Y HISE. Derecho y reparación de daños, Buenos Aires, Ed. Universidad, 1999.

GIL BOTERO, Enrique. *Responsabilidad extracontractual del Estado.* Temis. 2013.

GOLDENBERG, Isidoro H. La relación de causalidad en la responsabilidad civil. Buenos Aires Astrea. 1984.

HENAO, Juan Carlos. La Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia. Evolución Jurisprudencial. Tomo I, Volumen II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia 1991.

HENAO, Juan Carlos. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1998.

KARCHER, Richard T. (2010). Rethinking Damages for Lost Earning Capacity in a Professional Sports Career: How to Translate Today's Athletic Potential into Tomorrow's Dollars. Chapman Law Review. Volumen 14.

LARENZ, Kart. Derecho de Obligaciones Tomo I. Madrid: Editorial revista de derecho privado. 1958.

La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica, Revista CESCO de Derecho de consumo en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>.

GIUFFRÉ. Il danno da perdita di chance, Teoria e pratica del diritto, Milano, 2012.

MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luís y DE LORENZO Ricardo. Derecho Médico - Tratado de Derecho Sanitario. Editorial Colex. 2001.

MAZEAUD, Henri, Mazeaud León y Tunc, André. 1961. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil delictual y contractual. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.

MENDICOA, Gloria E. Sobre tesis y tesistas, Ed. Espacio. Buenos Aires. 2003.

MEDINA ALCOZ, Luis. La Teoría de la Pérdida de Oportunidad, Madrid, Ed. Thomson Civitas, 2007.

MILMANIENE, José. Los nuevos daños, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1995.

NAVIA ARROYO, Felipe. Estudio sobre el daño moral. Bogotá: Elocuencia. 1978.

OLIVEROS TASCÓN, Adolfo León. La causalidad en el derecho de daños, Medellín, Ed. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda, 2012.

PAILLET, Michel, La responsabilidad administrativa. Carrillo Ballesteros, Jesús María (Traductor) Ed. Universidad Externado de Colombia 2001.

PEIRANO FACIO, Jorge. Responsabilidad extracontractual. Bogotá: Ed. Temis. 1981.

PINZÓN MUÑOZ, Carlos Enrique. La Teoría de los daños y la cuantificación de los perjuicios dentro de la responsabilidad extracontractual del Estado, Editorial Biblioteca jurídica Diké. 2013.

RAMOS ACEVEDO, Jairo. Fundamentos de la Responsabilidad extracontractual de la Administración Pública, Bogotá, Ed. Leyer, 2004.

REVISTA IARCE No. 30. Responsabilidad Civil y del Estado, "La oportunidad perdida responsabilidad, causalidad, probabilidad (A propósito de algunas tesis de Luis Medina Alcoz), febrero 2012.

REVISTA IARCE No. 33, Responsabilidad Civil y del Estado, "La pérdida de una oportunidad ("Chance") en el Derecho Francés de la responsabilidad civil". CHABAS, Francois. Septiembre de 2013.

REVISTA IARCE No. 40, Responsabilidad Civil y del Estado, "La pérdida de una oportunidad en la responsabilidad médica" *un falso problema*. Javier Tamayo Jaramillo. Julio de 2017.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo. General y colombiano, Bogotá Ed. Temis, 2017.

RODRÍGUEZ MESA, Rafael. Estudios sobre seguridad social. Editorial Universidad del Norte y Grupo Editorial Ibáñez. 2013.

RUÍZ OREJUELA, Wilson. Responsabilidad médica estatal. Editorial Ecoe Ediciones, Bogotá, 2006.

SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. La responsabilidad extracontractual de la administración pública. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 1ª reimpresión 2003.

SANTOS BRIZ, Jaime. Responsabilidad Civil, derecho sustantivo y procesal. Madrid: Montecorvo. 1986.

SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. Nuevos conceptos de responsabilidad médica. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Santafé de Bogotá D.C., 2000.

SINTES, Jorge. Diccionario de frases célebres, Barcelona, 1963.

SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo, Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI, Bogotá D.C., Ed. Diké, 2009.

TAMAYO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo 1. Bogotá: Editorial Legis. 2007.

TAMAYO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo 2. Bogotá: Editorial Legis. 2007.

VIDAL, PERDOMO, Jaime. "Derecho administrativo". Editorial Temis, Bogotá. 1997.

VELÁZQUEZ POSADA, Obdulio. Responsabilidad Civil Extracontractual, Bogotá D.C. Ed. Temis S.A., 2013.

VIVAS, Mario Luis. La legítima defensa y el Estado de necesidad en la responsabilidad civil extracontractual, Ed. Grupo editorial Ibáñez, 2012.

WALLACE, Brie D. Poor Policy Stunts Tennessee Tort Law Again: The Need for Tennessee's Adoption of the Loss of Chance Doctrine in Medical Malpractice Litigation. University Of Memphis Law Review. Volumen 40, 2009.

YEPES, RESTREPO, Sergio. La responsabilidad civil médica. Ed. Dike, 2004.

YEPES, RESTREPO, Sergio. La responsabilidad civil médica. Ed. Dike, 2016.

YERGA, Luna. Oportunidades perdidas, en Revista para el análisis del Derecho, INDRET, No. 288, 2005.

YONG, Samuel. Pérdida de la oportunidad, Centro de Investigaciones Francisco de Vitoria Facultad de Derecho de Universidad Santo Tomas. Bogotá – Colombia, recuperado de

<http://numanterioresviei.usta.edu.co/index.php?option=comcontent&view=article&id=219:perdida-de-oportunidad&catid=67:decimo-segunda-edicion-reflexiones-ademicas&Itemid=161>

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de Responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, Ed. Dykinson, 2001.

ZANNONI, Eduardo. El daño en la responsabilidad civil, Buenos Aires, Ed. Astrea., 2005.

Médico Legal, Revista Colombiana para los Profesionales de la Salud”, autores: Fernando Guzmán Mora –médico-, Eduardo Franco Delgadillo –abogado- y Guillermo Rodríguez –abogado. Enlace: <http://www.medicolegal.com.co> .

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

<http://supersalud.gov.co>

<http://www.iclr.co.uk/assets/media/iclr-annual-lecture-transcript-2009.pdf>

B. JURISPRUDENCIA

Sentencia Corte Constitucional, T-477/95, 23 -10-1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia Corte Constitucional - Sala Plena C-647, 20-6-2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia Corte Constitucional C- 239, 20 -5-1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia del Consejo de Estado - Sección Tercera, 28 de abril de 2010, expediente 17725, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Sentencia del Consejo de Estado - Sección Tercera, 10 de junio de 2004, expediente 25416, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Sentencia del Consejo de Estado - Sección Tercera, 16 de septiembre de 2011, expediente 21726, C.P. Gladys Agudelo Ordoñez.

Sentencia del Consejo de Estado - Sección Tercera, 26 de septiembre de 2002, expediente 13890, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

Sentencia del Consejo de Estado - Sección Tercera, 9 de julio de 1992, expediente 7078, C.P. Betancur Jaramillo.

Sentencia del Consejo de Estado - Sección Tercera, 26 de marzo de 2008, expediente 15725, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Sentencia del Consejo de Estado - Sección Tercera, 11 de agosto de 2010, expediente 18593, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Sentencia del Consejo de Estado - Sección Tercera, 25 de agosto de 2011, expediente 19718, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Sentencia del Consejo de Estado - Sección Tercera, 31 de agosto de 2006, expediente 15772, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Sentencia del Consejo de Estado - Sección Tercera, 24 de enero de 2002, expediente 12706, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

Sentencia del Consejo de Estado - Sección Tercera, 3 de mayo de 1999, expediente 11169, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Sentencia del Consejo de Estado - Sección Tercera, 27 de abril de 2011, expediente 18714, C.P. Gladys Agudelo Ordóñez.

Sentencia del Consejo de Estado - Sección Tercera, 8 de junio de 2011, expediente 19360, C.P. Hernán Andrade Rincón.

Sentencia del Consejo de Estado - Sección Tercera, 8 de febrero de 2012, expediente 22943, C.P., Hernán Andrade Rincón.

Sentencia del Consejo de Estado - Sección Tercera, 14 de marzo de 2013, expediente 23632, C.P. Hernán Andrade Rincón.

Sentencia del Consejo de Estado - Sección Tercera, 6 de junio de 2007, expediente 16460, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Sentencia del Consejo de Estado - Sección Tercera, 27 de febrero de 2013, expediente 25731, C.P. Mauricio Fajardo.

Sentencia del Consejo de Estado - Sección Tercera, 28 de abril de 2010, expediente 17725, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Sentencia del Consejo de Estado - Sección Tercera, 11 de agosto de 2010, expediente 18593, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Sentencia del Consejo de Estado - Sección Tercera, 7 de julio de 2011, expediente 20139, C.P. Gladys Agudelo Ordoñez.

Sentencia del Consejo de Estado - Sección Tercera, 11 de agosto de 2011, expediente 18593, C.P. Mauricio Fajardo Gómez

Sentencia del Consejo de Estado - Sección Tercera, 21 de marzo de 2012, expediente 19755, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Sentencia del Consejo de Estado – Sección Tercera, 30 de enero de 2013, expediente 26999, C.P. Mauricio Fajardo

Sentencia del Consejo de Estado - Sección Tercera, 24 de julio de 2013, expediente 27743, C.P. Carlos Alberto Zambrano López.

Sentencia del Consejo de Estado - Sección Tercera, 12 de febrero de 2014, expediente 34125, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Sentencia del Consejo de Estado - Sección Tercera, 27 de marzo de 2014, expediente 35420, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Sentencia del Consejo de Estado - Sección Tercera, 31 de mayo de 2013, expediente 31724, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

Sentencia del Consejo de Estado - Sección Tercera, 26 de febrero de 2014, expediente 33492, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Sentencia del Consejo de Estado - Sección Tercera, 05 de abril de 2017, expediente 25706, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

Sentencia Consejo de Estado - Sección Tercera, 03 de mayo de 1999, expediente 11943, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

Sentencia Consejo de Estado - Sección Tercera, 08 de agosto de 2018, expediente 45138, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

Sentencia Consejo de Estado - Sección Tercera, 13 de noviembre de 2018, expediente 44118, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Sentencia Consejo de Estado - Sección Tercera, 09 de agosto de 2018, expediente 43841, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo (E).

Sentencia Consejo de Estado - Sección Tercera, 08 de agosto de 2018, expediente 45138, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

Sentencia Consejo de Estado - Sección Tercera, 18 de mayo de 2017, expediente 37504, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Sentencia Consejo de Estado - Sección Tercera, 24 de octubre de 2013, expediente 25869, C.P. Enrique Gil Botero.