



“Pérdida de Oportunidad” en la responsabilidad médica Estatal, entre el vaivén de la certeza y la incertidumbre “Loss of Chance” on the state medical liability within the fluctuations of uncertainty and certitude

Verónica Gutiérrez Tobón

Sebastián Gómez Sánchez¹⁹

Resumen

El presente artículo pretende dar una mirada panorámica de lo que significa la pérdida de la oportunidad, dentro de la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito de la responsabilidad médica, señalando la forma cómo en la doctrina y en sede judicial se han abordado dos problemas jurídicos relacionados con la figura: El primero hace alusión a la oportunidad como criterio de imputación en la responsabilidad extracontractual del Estado; el segundo se refiere a la forma cómo se configura el perjuicio indemnizable en esta clase de daño. Se comienza con un rastreo histórico de su génesis foránea, luego se explica desde el criterio de los autores en qué consiste este tipo de daño y la forma en que se debe indemnizar, citando de forma crítica algunos pronunciamientos doctrinarios y Jurisprudenciales acerca de los problemas expuestos, para ilustrar en el segundo capítulo cómo no existe en

19 Verónica Gutiérrez Tobón y Sebastián Gómez Sánchez, docentes de cátedra y estudiantes de la Maestría de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma Latinoamericana, Medellín, Colombia, Correos: veronica111@gmail.com y sebastian.gomez@unaula.edu.co

la actualidad en Colombia una posición unánime frente a este tema en las instancias judiciales.

Palabras clave: Aleas, incertidumbre, lucro cesante, pérdida de la oportunidad, daño a la salud, daño autónomo, daño emergente, perjuicio, responsabilidad médica, título de imputación, ventaja esperada.

Abstract

The information provided in this document intends to offer a short overview of what the loss of chance means within the scope of the State Liability inside the Medical Liability sphere. Mostly, the document specifies the way in which in legal and jurisprudential doctrine two different issues have been addressed with the “loss of chance” figure.

The first of them refers to placing the “loss of chance” within the elements of the State Liability, and the second one refers to the way in which the compensable damage adjusts in this type of loss; so firstly a historical tracking of its origins takes place, and then it is approached from the perspective of the authors explaining what this type of loss consists of plus the way it should be compensated. The text quotes some doctrine and jurisprudential declarations about the exposed issues, to illustrate in the second chapter how actually in Colombia a unified position on this subject does not exist.

Key words: Chance, uncertainty, business interruption, loss of chance, clinical tort, autonomous tort, tort, medical liability, allegation role, expected advantage.

Introducción

La pérdida de la oportunidad, también llamada *perte d' une chance* por la jurisprudencia y doctrina francesa (Moreno Quijano, 2013), y *loss of a chance* en los ordenamientos jurídicos de origen anglosajón (Alcoz Medina, 2007), es una figura judicial foránea en materia de responsabilidad extracontractual definida como “el daño que sufre quien ve comprometida una posibilidad real de obtener un beneficio o evitar un menoscabo” (Alcoz Medina, 2007).

Dicha figura fue tratada desde inicios del siglo XIX en Francia, por la Corte de Casación Francesa en un fallo del 26 de mayo de 1902, ocasión en la cual se condenó a un Notario por impedir a un cliente el recobro de un crédito por un error; posteriormente fue desarrollada en diferentes casos como el de un automovilista que lesionó a una joven que se iba a presentar para un concurso de azafatas (17 de febrero de 1971); un abogado que perdió un proceso

judicial por dejar vencer los términos en una segunda instancia (16 de octubre de 1978); y un criador que perdió la posibilidad de entrenar a un caballo para una carrera y llevarse el premio (6 de junio de 1990) entre otros (Moreno Quijano, 2013).

Todos estos casos tenían común denominador un hecho generador de un resultado dañoso producido por un agente y la ausencia de prueba, respecto al vínculo de causalidad de la pérdida de la “ventaja esperada” con la acción dañosa del agente, en palabras comunes, era incierto concluir que se pudiera ganar el concurso, el proceso judicial o el premio esperado de no haber intervenido la acción dañosa del agente; lo que sí podía concluirse era que la acción dañosa truncaba la “posibilidad” o “chance” de participar, óbice o truncamiento que se denominó en la doctrina de idioma castellano “pérdida de oportunidad”.

En materia de responsabilidad médica, esta misma figura fue aplicada en Francia en 1972 por la Corte de Casación Francesa, en el caso de una mujer quien con hemorragias uterinas y signos indicadores de cáncer acudió a un médico general, éste omitió realizarle el respectivo diagnóstico; posteriormente cuando el cáncer se encontraba muy avanzado acudió a otro especialista, quien se lo diagnosticó pero finalmente ella murió, en ese fallo el tribunal consideró que si bien no se probó la muerte por no brindar a tiempo el tratamiento, se perdió la oportunidad de intentar salvar su vida, y en torno a esta pérdida giró la condena (Moreno Quijano, 2013).

Posteriormente, en 2007, el Consejo de Estado Francés, inspirado en un fallo de la Corte de Casación Civil del 5 de enero de 2000, adoptó teoría de la pérdida de oportunidad dentro de la jurisprudencia administrativa, empleando la regla de reparación proporcional para indemnizar la esperanza frustrada en función a la oportunidad perdida, reconociendo además indemnización para el núcleo familiar y círculo cercano de la víctima directa –C.E., 21 de diciembre de 2007, Centre Hospitalier de Vienne, Rec, p. 546; AJDA, 2008, p. 135, Chron. J Boucher et B. Bourgeois-Machureau. Traducción libre– (Caso citado en la Sentencia del Consejo de Estado del 5 de abril de 2017, Sección Tercera, Expediente 25706).

En Colombia, la pérdida de la oportunidad fue abordada, por primera vez, en el año 1999, (Consejo de Estado, 1999) cuando se importó esta figura foránea en un caso de responsabilidad por falla en el servicio médico, expresando que si bien no había sido posible establecer que la causa de la muerte era la falla en el servicio, se había podido determinar una pérdida de oportuni-

dad y desde ese entonces, tanto la doctrina como la jurisprudencia, se han ocupado de abordar este tema desde diferentes posiciones conceptuales, que trataremos de forma crítica en el presente artículo.

Análisis crítico de la conceptualización sobre la pérdida de oportunidad y la forma de indemnizarla

La casuística abordada en los estrados judiciales, inicialmente los franceses, que construyó la pérdida de la oportunidad, importada luego a Colombia, ha dado lugar en un sector de la doctrina y la jurisprudencia en materia de responsabilidad estatal por falla en el servicio médico, al considerar la pérdida de la oportunidad como el arrebatamiento que se le hace al paciente de una probabilidad de sobrevivir u obtener mejoría. El doctrinante Velásquez Posada lo estima como un perjuicio en el que el alea es la esencia del beneficio esperado o la evitación del perjuicio recibido:

Para que se pueda hablar de oportunidades, es necesario que la víctima esté reducida a ellas. Por lo tanto, el elemento aleatorio no es la vida, sino sobrevivir; no es la pérdida del proceso judicial, sino su éxito; no es mantener una enfermedad, sino su desaparición. (...) La verdadera pérdida de oportunidad en la responsabilidad médica se da cuando el paciente pierde la posibilidad de sobrevivir o de curarse. El perjuicio no es la muerte, si acaeció, o la enfermedad. “el perjuicio es la pérdida de un simple potencial de oportunidades” (Velásquez Posada, 2013).

Al respecto se considera que técnicamente en materia médica no puede hablarse de elemento aleatorio como integrante de este tipo de daño, tal como lo sostienen el doctrinante Velásquez y muchos otros, pues se equiparan los términos “incertidumbre” y “aleatorio” que desde su definición gramatical difieren, pues una cosa es que el resultado final esperado sea incierto, esto es, que exista inseguridad frente a la posibilidad de recuperación o sobrevida por condiciones del paciente, factores patológicos, hospitalarios o del mismo desarrollo de la enfermedad; y otra muy diferente es que este resultado sea aleatorio, pues allí dependería del “aleas” o el “albur”.

Inferimos que si bien el “azar” se analizó en la teoría de la pérdida de la oportunidad en los primeros casos en los estrados judiciales franceses (en los casos del dueño del caballo de carreras y la azafata), éste no puede ya ser un elemento constitutivo del daño al traerlo al escenario de la responsabilidad médica. Consideramos que para constituirse en daño, la pérdida de oportunidad debe contener un criterio de científicidad y probabilidad extraído de las

ciencias naturales, que se logra acreditar dentro del proceso judicial con la prueba pericial o el testimonio técnico; así pues que no se considera que este tipo de daño contenga un componente aleatorio sino incierto, de lo contrario, no se trataría de un daño cierto sino de un daño hipotético.

Lo que sí es indiscutible en materia de responsabilidad médica, es que esta figura se mueve en el péndulo de la certeza y la incertidumbre. Certeza respecto al daño consistente en el cercenamiento de un interés legítimo de oportunidad de tratamiento o procedimiento médico y, por ende, la imputación a la administración por falla en el servicio evidenciada en atención tardía, defectuosa o en un error diagnóstico; pero incertidumbre con respecto al resultado final esperado por la víctima que era la evitación de la muerte o lesión, así lo define el autor Luis Felipe Giraldo Gómez, a saber:

La figura de la pérdida de la oportunidad tiene en principio un halo de incertidumbre, el cual está representado en la imposibilidad de saber si la ganancia esperada se habría conseguido o se hubiese logrado evitar un daño (...)

(...) No obstante dicha figura tiene también un halo de certeza, si se tiene en cuenta, como consecuencia de la conducta de una persona, se han frustrado las esperanzas que la víctima tenía de optar por conseguir un beneficio o evitar un detrimento (Gómez Giraldo, 2011).

Plantea el doctrinante Giraldo Gómez que no debe confundirse la incertidumbre frente al resultado esperado de lograr una ganancia o evitar un perjuicio, que en esencia es aleatorio con la incertidumbre que puede presentarse respecto de la existencia del perjuicio ocasionado, pues, este último: “hace referencia a la prueba de la existencia del daño, el cual deberá quedar acreditado, sin que ello signifique que deba estar establecido su monto o extensión desde un comienzo” estimando necesario diferenciar conceptualmente entre la existencia del daño y su cuantía (Gómez Giraldo, 2011).

Para tal efecto, debe ser menester demostrar que se estaba ante una situación potencialmente apta para conseguir el resultado buscado y que la intervención de ese tercero truncó la posibilidad de hacerlo, es decir, el hecho de que el resultado final esperado se encuentre dentro del margen de incertidumbre, no releva a la víctima de acreditar una frustración cierta, pues de lo contrario, ante cualquier eventualidad de responsabilidad médica, se podría dar lugar a declarar responsabilidad de no probarse la relación entre la falla del servicio y el resultado final, dando lugar a indemnizar meras expectativas sin una sustentación real y contextualizada. No debemos perder de vista,

tal como lo expone el autor Giraldo Gómez, citando la Sentencia del 25 de abril de 2008 del Consejo de Estado del doctor Enrique Gil Botero (expediente 16.842) que en materia de responsabilidad en la prestación del servicio médico “El paciente está reducido, por la enfermedad que padece, a unas oportunidades de lograr su bienestar, las cuales dependen, entre otros factores de la actuación del cuerpo médico que lo atiende” (Gómez Giraldo, 2011; Moreno Quijano, 2013); pero el hecho de que ya se encuentre en una situación negativa no conduce al paciente inexorablemente al desenlace fatal, por tal razón es que se mira la pérdida de la oportunidad como el daño irrigado, tal como lo ilustra Chabas: “la paciente, comprometida en un proceso hacia la muerte, lo único que tenía era posibilidades de sobrevivir; la culpa médica le ha hecho perder esas posibilidades” (Moreno Quijano, 2013).

Comoquiera que la pérdida de la oportunidad es una figura foránea, tratada en los estrados anglosajones y franceses; ambos la han desarrollado en diferentes matices. La doctrina anglosajona la analiza como una solución a la imposibilidad de comprobar en un cien por cien el nexo causal entre el obrar del agente y el daño; considerando indemnizable todo aquel perjuicio en el que se pruebe más de un cincuenta por ciento de la causalidad. La francesa, la considera un daño autónomo que se debe indemnizar en su integridad, es decir, si se prueba al menos un uno por ciento la “chance” de obtener el beneficio, se configurará esta clase de daño.

Esto dio lugar a que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia colombiana de lo contencioso administrativo se hayan tratado de diferente forma dos problemas jurídicos. El primero, se refiere a la ubicación de la pérdida de la oportunidad dentro de uno de los elementos de la responsabilidad del Estado; el segundo, a la configuración del perjuicio autónomo indemnizable en esta clase de daños.

Comoquiera que la figura nace en materia de casos civiles, algunos no la desligan de la estructura de la responsabilidad civil, que difiere de la responsabilidad estatal. En materia civil, consideró la Corte Suprema de Justicia que la pérdida de la oportunidad se debe analizar desde dos aspectos: I) desde la certeza y II) desde causalidad, entendiendo por certeza como: “Una circunstancia que atañe a la materialidad de la lesión, puesto que es la real y efectiva conculcación del derecho, interés o valor protegido jurídicamente”. (Sentencia MP Fernando Giraldo, 2014).

El nexo de causalidad lo define el doctrinante Gilberto Martínez Rave, como: “la relación, el vínculo, que debe existir entre el hecho y el corres-

pondiente daño. Si no hay nexo causal no surge la responsabilidad civil” (Martínez Rave, 1996).

De tal suerte que, frente a la figura de la pérdida de oportunidad y su ubicación dentro de la responsabilidad estatal, hayan existido dos posiciones: una, que la ubica dentro del juicio de atribución o el elemento “imputación”, influenciado por la responsabilidad civil extracontractual llamado “nexo causal” (Alcoz Medina, 2007) y otra que la estiman como un daño autónomo (Gómez Giraldo, 2011).

Considera la primera posición, que la pérdida de oportunidad permite definir problemas de imputación, en los eventos en que no existe prueba suficiente del nexo causal que establece una determinada relación causa-efecto; su análisis debe realizarse en sede de la imputación fáctica (Yepes Restrepo, 2011), lo que la ubicaría como un título de imputación especial:

La pérdida de oportunidad es un concepto jurídico que permite definir problemas de imputación, en aquellos eventos en que no existe prueba suficiente del nexo causal que define una determinada relación causa-efecto. En consecuencia el análisis de esta figura debe realizarse en sede de la imputación fáctica (Yepes Restrepo, 2011).

Esta posición ha llevado a autores como Tamayo Jaramillo a negar la posibilidad de tener en cuenta la pérdida de oportunidad en materia de responsabilidad médica, pues hay una incertidumbre del nexo de causalidad existente entre la conducta del médico y el daño padecido por el paciente, teniendo una dificultad probatoria en términos de causalidad, tema considerado en su *Tratado de responsabilidad civil*:

En materia médica no existe realmente un problema de la pérdida de oportunidad, sino un problema de imposibilidad probatoria en materia de causalidad, y que por un criterio de equidad, se ideó el artificio de dicha pérdida con el fin de imputar la totalidad del daño al demandado que, tal vez no se causó el daño, o de absolverlo cuando de pronto, fue el quien causó la totalidad del perjuicio (sic) (Tamayo Jaramillo, 2007).

Si bien la crítica es pertinente, pues al igual que el profesor Tamayo (Tamayo Jaramillo, 2007), consideramos que la pérdida de oportunidad no se puede usar por los jueces colombianos como un “*commoditie*” para fallar en equidad y no en derecho, cuando no se logra probar un elemento relacionado con la imputación dentro de la responsabilidad estatal inherente a la

atribución del resultado dañoso final, el análisis parte de un falso juicio de razonamiento que no relaciona ese daño con la posibilidad de salvaguarda perdida, sino directamente con el resultado esperado, el que también se plasmó en algunos fallos del Consejo de Estado que tenían la premisa del “todo” o “nada”; en algunos casos, reconociendo la pérdida de oportunidad, pero ordenando la indemnización total; en otros, desconociéndola en su totalidad por no probarse la relación entre la falla en el servicio y el daño final que no se pudo evitar.

Estimamos que este análisis puede conducir a yerros en el razonamiento a la hora de administrar justicia, pues esto sería como aceptar que, ante la ausencia de nexo causal, se podría comprometer la responsabilidad del agente sin analizar si, en realidad, había una posibilidad cierta y real de evitar el resultado dañoso, desviando la figura de pérdida de oportunidad a un daño subsidiario ante la ausencia de nexo causal, lo que conduciría a imputar responsabilidad al agente en todos los eventos de responsabilidad médica o negarla si no se prueba la causalidad, lo que vulnera el principio de indemnidad en materia de responsabilidad.

Cabe aclarar que el término nexo de causalidad, utilizado de manera inadecuado en nuestra ciencia jurídica, no es más que la traducción de la imputación jurídica e imputación fáctica dentro de la tendencia actual como elementos esenciales de la estructuración para determinar responsabilidad administrativa: daño antijurídico + imputación fáctica + imputación jurídica + fundamento del deber de responder.

Ahora bien, si nos ubicáramos en la posición de considerar la pérdida de oportunidad como criterio de imputación relacionado con la imputación fáctica, negando cualquier reconocimiento de responsabilidad por imposibilidad probatoria de la muerte o lesión con la falla en el servicio; equivaldría a afirmar que la imputación en materia de lo contencioso administrativo siempre es de tipo fáctico, cuando realmente la imputación jurídica en materia de responsabilidad por daños es, en general, la que permite determinar qué conductas son relevantes jurídicamente y permiten hacer la atribución del daño a su autor (Gómez Giraldo, 2011) y no precisamente coincide siempre con la imputación fáctica (Ejemplo: responsabilidad del Estado por incumplimiento de deberes, entre otros).

De igual forma, imputar todo tipo de responsabilidad en materia médica por “pérdida de oportunidad” bajo la premisa de no haberse probado en su totalidad la imputación, genera como consecuencia desconocer el deber constitucional y legal de probar el nexo de causalidad como uno de los re-

quisitos para generar la responsabilidad estatal consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política expuesto por el autor Giraldo Gómez en su obra, pues el Estado tiene el deber de reparar los daños **imputables a la acción u omisión** de las autoridades públicas y, en materia civil, plasmada en los artículos 1616, 2341 y 2344 del Código Civil. Por lo tanto, no se puede relevar al ciudadano de esta obligación legal y constitucional.

Por tal razón, coincidimos con el autor Giraldo Gómez que citó de forma crítica al doctrinante M. Boré, quien consideró que: “cuando un juez duda sobre la evidencia de la relación causal entre la falta y la muerte, lo que hace es moderar la condena en aplicación de la figura de la pérdida de una oportunidad” (Gómez Giraldo, 2011), y trajo a colación los fallos del Consejo de Estado francés del 24 de abril de 1964, de la Corte de Casación francesa del 14 de diciembre de 1965 y de ese mismo estrado del 8 de enero de 1985; concluyendo que, para el juez francés, es acertado considerar la posibilidad de la existencia de una pérdida de oportunidad como una especie de perjuicio subsidiario, ante la falta de la existencia de un nexo de causalidad entre el hecho y el resultado final presentado. Pero esto, considera el autor Giraldo Gómez, es una forma inadecuada de dar aplicación a esta teoría, ya que **desconoce de manera flagrante el verdadero daño que se causa en este tipo de eventos y los requisitos exigidos para su establecimiento**.

Al respecto, estimamos que el juez nunca puede perder de vista que el fin de la responsabilidad como institución jurídica dentro de la sociedad contemporánea, no es otro diferente al de restablecer las cosas en la medida de lo posible al estado en que se encontraban; y, si se releva al autor de probar la imputación, lo que se está haciendo es crear un nuevo criterio que no tiene relación alguna con la responsabilidad, tal vez en otras áreas como en materia tributaria se aplique como el criterio de equidad (redistributivo de la riqueza); pero si así se aplica en materia de responsabilidad extracontractual, se cae en el riesgo de desnaturalizar las instituciones y crear un contexto de inseguridad jurídica que a largo plazo puede deslegitimar el sistema judicial.

En consecuencia, nos adherimos a la posición mayoritaria en la doctrina y la jurisprudencia que ubica la pérdida de la oportunidad en materia de responsabilidad médica como un daño autónomo, pues consideramos que esta ubicación compagina también con la necesidad de integrar el bioderecho y la bioética a la responsabilidad médica, comoquiera que la praxis médica trasciende el ámbito científico e involucra una multiplicidad de derechos de los pacientes y, en consecuencia, implicaciones humanitarias, éticas y axio-

lógicas, de tal suerte que las actuaciones de los médicos se rigen por principios de la bioética que deben cobrar importancia en la hermenéutica de las decisiones judiciales (Obando Obando, 2016).

El bioderecho comporta, según el profesor Erick Valdés, los principios de autonomía, dignidad, integridad y vulnerabilidad, que conciben al ser humano como un sujeto de derechos; por lo que la relación médico paciente debe estar regida por un trato digno donde, en ningún momento, se le prive de las posibilidades de curación; atendiendo a que es un ser vulnerable en su humanidad que puede ser dañado y sometido a riesgos y amenazas contra su integridad en virtud de la temporalidad y finitud de la vida humana, razón por la que deben ser tuteladas las probabilidades de existencia de las que son titulares los pacientes (Obando Obando, 2016).

Por su parte los principios más relevantes de la bioética son: 1) Principio de no maleficencia: Se relaciona con que la actividad médica no podrá tener en ningún momento intencionalidad de dañar. 2) Principio de beneficencia: Se refiere a que la razón de ser de la evolución científica es el bienestar del ser humano. 3) Autonomía: Le reconoce al paciente en el ámbito médico la posibilidad de tomar decisiones sobre el tratamiento o procedimiento necesario para el mejoramiento de su salud, por tal razón todo procedimiento debe estar precedido de un consentimiento informado. 4) Justicia: La actuación médica debe sujetarse a las leyes y distribución de los recursos sanitarios para la atención de pacientes sin tener en cuenta la condición social o racial de los mismos. (Obando Obando, 2016).

Estos principios se aplican al aceptar la pérdida de oportunidad como daño autónomo, en tanto que no es admisible el descuido de los profesionales de la salud en desmedro de la integridad física y la vida de los pacientes, esto desdibuja los fines de la praxis médica sin que sea razonable ni jurídico dejar un agravio como consecuencia de un mal procedimiento o negligencia, por imposibilidad de probar el nexo causal con la expectativa final de salvación o mejoría; para tal efecto tampoco sería razonable imputar una responsabilidad médica total cuando existe un margen de incertidumbre, por lo tanto “la pérdida de oportunidad” como daño autónomo se erige como una solución adecuada, proporcional e idónea para esta situación.

Considerando la pérdida de oportunidad como un daño autónomo, independiente del resultado dañoso de muerte o lesión causado a la víctima, el segundo problema jurídico solucionado de forma diferente en la doctrina y la jurisprudencia y tal vez uno de los campos más problemáticos, es identificar cómo se configura el perjuicio indemnizable en esta clase de daños.

Al respecto, cabe resaltar que la doctrina y la jurisprudencia, han clasificado los perjuicios indemnizables como materiales e inmateriales, por lo que se cuestiona si la pérdida de la oportunidad da lugar a condenar mediante la tipología clásica o si por el contrario se configura como un perjuicio autónomo indemnizable de nueva categoría.

Para el efecto, cabe recordar la sub-clasificación de los perjuicios materiales, realizada por el doctrinante Javier Tamayo, en daño emergente y el lucro cesante, entendiendo por el primero cuando: “un bien económico (dinero, cosas, servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima”; por el segundo cuando: “un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima”. (Tamayo Jaramillo, 2007).

Con relación a los perjuicios inmateriales, el citado doctrinante estima que la integridad personal y la vida, la libertad, la intimidad, la familia, la honra, el buen nombre, y cualquier otro daño relacionado con la dignidad humana que sea lesionado, debe estimarse en los perjuicios extra-patrimoniales para ser reparados. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado expidió un documento aprobado mediante acta del 28 de agosto de 2014, donde estableció los referentes para la reparación de perjuicios inmateriales y allí reconoce tres tipos de perjuicios inmateriales: i) Perjuicio moral; ii) Daños a bienes constitucionales y convencionales. iii) Daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico), derivado de una lesión corporal o psicofísica.

En dicho documento el tribunal define el perjuicio moral como aquel que “se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo” (Sentencia de Unificación, 2014).

Frente a daños a bienes constitucionales y convencionales considera el alto Tribunal:

Se reconocerá, aun de oficio, la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados. Procederá siempre y cuando, se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral. Se privilegia la compensación a través de medidas reparatorias no indemnizatorias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero(a) permanente o estable y los parientes hasta el primer grado de consanguinidad, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos.

En lo que respecta a daño a la salud se reitera en los criterios contenidos en la sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011, expediente 19031, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo donde se consideró el perjuicio derivado de una lesión corporal o física como aquel “encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal”.

Algunos doctrinantes y el alto tribunal de lo contencioso administrativo, han considerado que el perjuicio que se ocasiona por pérdida oportunidad, no se enmarca dentro de alguno de los perjuicios materiales o inmateriales antes definidos, por no existir certeza frente al resultado dañoso final, razón por la que enmarcan la pérdida de oportunidad como un perjuicio autónomo; así se trató en la sentencia del máximo órgano en lo contencioso administrativo:

(...) la pérdida de oportunidad se indemniza como un perjuicio independiente, esto es, se concede como un rubro diferente a los que tradicionalmente se reconocen en un proceso judicial de responsabilidad patrimonial (morales; materiales: daño emergente, lucro cesante; daño a la salud, etc. (Consejo de Estado, 2011).

Para tal efecto, se fija un perjuicio indemnizable independiente, llamado pérdida de oportunidad, desconociendo los perjuicios materiales e inmateriales deprecados en la demanda, porque no se probó el nexo causal con el resultado final (muerte o lesión):

En cuanto corresponde a esta clase perjuicios, dado que ninguna incompatibilidad existe entre el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el daño autónomo consistente en la pérdida de oportunidad 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 –que no los perjuicios morales por la muerte de la víctima directa– se hará un reconocimiento por este específico concepto

(...)

Dado que el perjuicio autónomo que aquí se indemniza no deviene exactamente de la muerte del señor John Fernando Urueña García sino de la pérdida de oportunidad que se cercenó de dicha persona para que pudiera recuperar su salud y tratar de sobrevivir, la Subsección no se pronunciará respecto de los perjuicios materiales solicitados en la demanda, comoquiera que ellos derivan de la muerte de dicha persona, motivo por el cual se reconocerá, con fundamento en el principio

de equidad antes mencionado, una suma genérica a cada demandante (Consejo de Estado, 2013).

Lo citado en precedencia nos advierte un halo de contradicción en el alto tribunal de lo contencioso, que por un lado expone que: “En Colombia el sistema indemnizatorio está limitado y no puede dar lugar a que se abra una multiplicidad de categorías resarcitorias que afecten la estructura del derecho de daños y la estabilidad presupuestal que soporta un efectivo sistema de responsabilidad patrimonial del Estado” (Consejo de Estado, 2011); y, por el otro, abre la puerta para crear perjuicios autónomos cuyo criterio indemnizatorio es el arbitrio judicial.

Al respecto, nos alejamos de forma diametral a ese criterio indemnizatorio de este tipo de daños porque, además de subjetivo e inseguro, consideramos que se basa en una confusión entre los términos daño autónomo y perjuicio autónomo. Para encontrar luces diferenciadoras de ambos conceptos, es necesario acudir a las doctrinas francesa e Italiana de Luis Moisset de Espanés y José Fernando Márquez, citada por el profesor Luis Felipe Giraldo Gómez en las que se perfilan los conceptos daño y perjuicio, considerando el daño en sentido amplio como “toda lesión a un derecho subjetivo o interés legítimo”; y daño en sentido estricto como “el detrimento o menoscabo producido en el ámbito patrimonial o extrapatrimonial derivado del daño en sentido amplio” (Gómez Giraldo, 2011).

Concretando estos conceptos hacia la pérdida de oportunidad, podríamos decir que el daño, en sentido amplio, se determina según la naturaleza del derecho o interés frustrado, por ejemplo, la pérdida de la posibilidad de realizarse un procedimiento para salvar la vida, la pérdida de la oportunidad de un tratamiento oportuno; mientras que el daño en sentido estricto o perjuicio se manifiesta en las consecuencias lesivas que representó ese daño en la víctima y se pueden reflejar en lo que salió de su patrimonio o dejó de percibir, en su salud, en su honra, su estado de ánimo u otros daños relacionados con sus condiciones dignas de existencia, las que deberán ser resarcidas o indemnizadas de verificarse su derivación directa del daño en sentido amplio (Gómez Giraldo, 2011).

Luego de hacer esta distinción, consideramos la pérdida de oportunidad como daño autónomo y su indemnización deberá efectuarse con relación a lo probado en el proceso respecto del porcentaje o las probabilidades de obtener esta oportunidad, prueba que no puede ser otra que la pericial, o la

testimonial técnica, pues el juez no es estadístico ni médico para determinar esa variable, y hacerlo a su criterio daría lugar a contrariar el principio de indemnidad del daño, coincidiendo con lo expuesto por el autor Brajhan Santiago (Obando Obando, 2016).

Lo que sí es claro es que ni la jurisprudencia ni la doctrina tienen un criterio unánime respecto a estos dos tópicos; algunas veces mezclan uno y otro concepto. Así se evidenció, por ejemplo, en la sentencia del 24 de octubre de 2013 con ponencia del Dr. Enrique Gil Botero, donde se expuso esta problemática:

Sobre esta cuestión se han propuesto infinidad de respuestas, siendo dos las más importantes: (i) la indemnización como un daño autónomo y (ii) la indemnización del daño sufrido en una proporción reducida, en consideración al porcentaje de oportunidad perdida. Estas dos formas de indemnización nos llevan al planteamiento de los dos grandes enfoques de la doctrina en el tema (Consejo de Estado, 2013).

Dificultad que relaciona el ponente con la disparidad de criterios frente a la pérdida de oportunidad como daño autónomo, considerando que se han trazado tres entendimientos diferentes: De un lado, se sostiene que la oportunidad es una pérdida de carácter patrimonial, que no obstante se trate de un bien que está destinado a desaparecer, su naturaleza económica siempre justifica la necesidad resarcitoria. De otro lado, existe una perspectiva que trata a la oportunidad como un bien personal, como algo que está inserto en el patrimonio de la persona y sólo pertenece a ella, lo que lo convierte en un bien intransferible. Y finalmente, un tercer enfoque afirma que el carácter de la oportunidad tiene que ver con la ventaja esperada o el perjuicio que se buscaba evitar. (Sentencia M.P. Enrique Gil Botero, 2013).

En esta sentencia no se reconoció el carácter de daño autónomo de pérdida de oportunidad, pero se tasaron los perjuicios de acuerdo al porcentaje de la pérdida probada en el proceso, algo contradictorio pero acertado a la hora de determinar el monto indemnizatorio:

La sala apelará a los porcentajes conceptuados por los declarantes, puesto que se trata de profesionales de la medicina y, más importante, médicos que intervinieron en la atención brindada a la paciente. Ahora bien, haciendo un ponderado de los porcentajes de recuperación que los médicos sugirieron, la sala determina que, en virtud de la gravedad de la lesión, el porcentaje de pérdida de oportunidad en este caso es

de 35%, cifra que será el criterio para la cuantificación de los montos a indemnizar (Consejo de Estado, 2013).

Así sucede también con el doctrinante, Javier Tamayo quien, en principio, niega la posibilidad de indemnizar la pérdida de oportunidad, pero luego cuando se refiere a la evaluación del perjuicio indica que:

(...) el problema de la evaluación del daño se resuelve, precisamente, teniendo en cuenta las probabilidades que tenía la persona que se había visto privada de su oportunidad. Si el juez, por ejemplo, llega a la conclusión de que las posibilidades eran casi del 100%, entonces la indemnización será total. Así, si el premio del concurso era de 100.000.00 y era casi seguro el triunfo de la víctima, entonces ese será el monto indemnizable. En cambio si el actor solo tenía el 30% de probabilidades de éxito, la indemnización será de 30.000.00 (Tamayo Jaramillo, 2007).

Obsérvese la contradicción o confusión palmaria, pues si se prueba que las posibilidades eran del cien por ciento, obviamente, no hay una pérdida de oportunidad, lo que hay es una imputación total del daño y, por ende, indemnización bajo la tipología de perjuicios convencionales, porque ya indicamos de forma precedente que no se está solucionando un problema de nexo causal, pero si se prueba en el plenario que las probabilidades de sobrevida eran del cien por cien y que no se lograron por omisión o falla, lo que se probó fue la imputación fáctica (nexo causal entre la falla del servicio y el resultado esperado), por lo que no se puede hablar de pérdida de oportunidad.

Finalmente, estimamos que la pérdida de oportunidad, realmente, logra deducirse como daño autónomo de la construcción probatoria realizada en el juicio, a través del dictamen o la opinión médica que establezca el margen de probabilidades de sobrevida o mejoría que tenía el paciente; de tal suerte que en materia procesal, deba erigirse como una pretensión subsidiaria de no probarse el daño final como consecuencia de la falla en el servicio. Quedando como tema debatible, si en caso de no solicitarse le sea dable al juez concederlo sin incurrir en una decisión que desborde la pretensión.

Ilustración jurisprudencial de la “pérdida de oportunidad”

Expuesto el capítulo anterior, queremos traer a colación diversas posiciones de nuestros tribunales internos frente a los problemas jurídicos planteados, ilustrando como en el estudio de la figura “pérdida de la oportunidad” no existe unificación de criterios:

- El Consejo de Estado el 26 de abril de 1999, con ponencia del magistrado Ricardo Hoyos Duque (expediente 10.755) se refirió por primera vez a la pérdida de oportunidad en materia médica frente al daño irrogado a una paciente, sin embargo frente a la confusión al momento de tasar la indemnización se condenó a un pago total de la misma, como si el resultado final de mejoría esperado, se hubiese frustrado por la falla del Estado en la prestación del servicio médico (Consejo de Estado, 1999).
- En sentencias del 15 de junio de 2000 y 14 de junio de 2001 (expedientes 12.548 y 13.006 respectivamente) con ponencia de la magistrada María Elena Giraldo Gómez, el Consejo de Estado se refirió a la necesidad de la prueba de la relación causal del agente y la pérdida de oportunidad, considerando que no podía imputarse como causa de la muerte la omisión administrativa, con inferencia de hechos indicadores probados en el expediente, sino como pérdida de oportunidad para recuperarse (Consejo de Estado, 2000).
- En la sentencia del 31 de agosto de 2006, con ponencia de la magistrada Ruth Estella Correa Palacio (expediente 15772), consideró el alto tribunal necesario que de manera científica debe quedar establecido cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o de preservar su vida y que esa expectativa real fue frustrada por omisiones o acciones en la acción médica, iniciando el camino hacia configuración de una tipología de daño autónomo (Consejo de Estado, 2006).
- En fallo del 29 de noviembre de 2006, con ponencia del magistrado Fredy Ibarra Martínez (expediente 16.334), consideró el alto tribunal que para que la pérdida de oportunidad pudiera ser indemnizada, debía verificarse si la misma se había puesto en movimiento o no, lo que nos lleva a concluir que esa prueba debe presentarse con criterios cualitativos y cuantitativos. Cualitativos, demostrando que la víctima estaba en una situación idónea para lograr evitar la muerte o mejorar la enfermedad sufrida; cuantitativa, para establecer el monto porcentual de esa posibilidad perdida; todo con el fin de ser determinable el monto indemnizatorio por parte del Juez Administrativo (Consejo de Estado, 2006).
- En decisión del 11 de agosto de 2010, consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez (expediente 18593), se empezó a sentar una posición disidente de la tradicional derivada del concepto de pérdida de la oportu-

nidad como un elemento de la responsabilidad ligado a la imputación del daño antijurídico, para darle una connotación de daño autónomo inmaterial, según lo expuesto en la sentencia aludida.

- Finalmente, el magistrado Fajardo revocó la decisión del a quo y condenó ratificando su concepción del perjuicio autónomo: “Condénase al Hospital San Lorenzo de Liborina – ESE, a pagar a los señores Pedro Emilio Valencia Vásquez, Ana Eva Monsalve Londoño y Oliva de Jesús Correa Montoya, la suma equivalente a sesenta s.m.l.m.v., para cada uno, a título de pérdida de la oportunidad de su hijo y compañero permanente” (Consejo de Estado, 2010).
- Igualmente, el Consejero Hernán Andrade Rincón, en sentencia del 14 de marzo de 2013 (expediente 23632), sentencia citada en el capítulo previo, reiteró la posición de su homólogo Mauricio Fajardo (Consejo de Estado, 2013).

Hasta lo expuesto, estas innovadoras posiciones que varían el paradigma del concepto pérdida de la oportunidad, que migran desde un elemento de la imputabilidad al daño autónomo, y generan una posición ausente de unanimidad y sensación de inseguridad en el estudio de la figura en mención.

Corolario de lo expuesto, el magistrado Enrique Gil Botero, en sentencia del 12 de noviembre de 2014 (expediente 29595), hizo eco a la calificación de vaivén sobre la posición disidente referente a la pérdida de la oportunidad como “(...) un concepto jurídico que permite definir problemas de imputación, en aquellos eventos en que no existe prueba suficiente del nexo causal que define una determinada relación causa-efecto. En consecuencia, el análisis de esta figura debe realizarse en sede de la imputación fáctica” (Consejo de Estado, 2014).

Con el ánimo de ahondar en el vaivén del debate, en reciente sentencia del H. Consejo de Estado, del 5 de abril de 2017, C. P. Ramiro Pazos Guerrero, se hizo mención a la disparidad de criterios que existen en su sede de decisión:

(...) existen dos variantes jurisprudenciales que han sido adoptadas por la posición mayoritaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado y replicadas por la doctrina: la primera, con fundamento en la causalidad probabilística, afirma que la responsabilidad es proporcional en función de la probabilidad de la causa, esto es, que se imputa al actor una fracción o porcentaje del perjuicio final, en virtud de la posibilidad de que con su conducta haya incidido en la producción del daño –teoría

relacionada con la imputación; la segunda, considera que la pérdida de oportunidad representa un fundamento de daño, 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 (Consejo de Estado, 2017).

Señala su posición contraria a lo manifestado por algunos de sus co-magistrados, en el sentido de indicar:

No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad como un perjuicio independiente que deba ser resarcido por fuera del concepto de perjuicios materiales –daño emergente y lucro cesante–, inmateriales –daño moral y daños a bienes constitucionales y convencionales– y daño a la salud, reconocidos por la Corporación, puesto que hacerlo conduciría a desconocer el objeto primordial del instituto de la responsabilidad, esto es, el principio de la reparación integral, ya que las víctimas serían, sin razón alguna, resarcidas parcialmente a pesar de que el actuar del demandado cercenó una expectativa legítima. En efecto, el truncamiento de una expectativa legítima genera diferentes tipos de perjuicios que deben ser indemnizados, es decir, si es de naturaleza material, será indemnizada de conformidad con este criterio o, si por el contrario es de naturaleza inmaterial, la reparación será de índole inmaterial (Consejo de Estado, 2017).

Insistiendo el ponente en mención en la pérdida de oportunidad como criterio de imputación, y adicionó al debate:

Ahora, si no es posible fijar científicamente el porcentaje de probabilidades, la cuantificación del porcentaje de posibilidades truncadas se determinará excepcionalmente, como sucede en otros ordenamientos jurídicos 120, en un 50%, el cual se aplicará para la liquidación de los perjuicios materiales e inmateriales, de manera que, en virtud de la equidad y la igualdad procesal que debe prohibirse entre las partes, no importa si el porcentaje de posibilidades frustradas haya podido fluctuar entre el 0.1 y el 99%, habida cuenta de que, sin haber podido aplicar la regla general, bastará que se hayan acreditado los elementos de la pérdida de oportunidad, es decir que se constate cualitativamente un truncamiento de la oportunidad que afecte el patrimonio de los demandantes para que proceda la reparación por excepción. Dicha excepción se justifica porque aunque haya ausencia cuantitativa del porcentaje de probabilidad de la expectativa legítima truncada, dicha expectativa sigue de todas maneras representado un menoscabo a un bien

material o inmaterial que fue arrancado del patrimonio de la víctima y, por ello, debe ser reparada” (Consejo de Estado, 2017).

Por lo expuesto, se evidencia que existe un vaivén jurisprudencial del concepto de pérdida de oportunidad, que conlleva a generar falta de certeza en su aplicación, dejando al arbitrio judicial la asunción de cualquier teoría sin brindar al operador judicial reglas claras sobre sus elementos y procedencia como perjuicio autónomo o criterio de imputación.

Conclusión

En materia de responsabilidad Estatal por falla en el servicio médico la pérdida de la oportunidad es un daño autónomo que se mueve en el péndulo de la certeza y la incertidumbre. Certeza, respecto al daño consistente en el cercenamiento de un interés legítimo de oportunidad de tratamiento o procedimiento médico y a la imputación a la Administración por falla en el servicio evidenciada en servicio tardío, defectuoso o en un mal diagnóstico.

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia colombiana de lo contencioso administrativa se han tratado de diferente forma dos problemas jurídicos con relación a la pérdida de la oportunidad: i) Su ubicación dentro uno de los elementos de la responsabilidad del Estado, teniendo dos posiciones: Una que la ubican dentro del juicio de atribución o el elemento “imputación”, estimando que mediante esta figura se permite definir problemas de imputación en los eventos en que no existe prueba suficiente del nexo causal que establece una determinada relación causa-efecto; otra, que la estiman como un daño autónomo que consiste en la oportunidad de sobrevida o mejoría perdida. ii) La forma en cómo se configura el perjuicio indemnizable en esta clase de daño. Existen dos criterios, el primero fija un perjuicio indemnizable independiente llamado pérdida de oportunidad, y el segundo que considera que su indemnización deberá efectuarse con relación a lo probado en el proceso respecto del porcentaje o las probabilidades de obtener esta oportunidad.

Para que este daño autónomo se configure como daño cierto y no hipotético, es necesario que se demuestre en el proceso se estaba ante una situación potencialmente apta para conseguir el resultado buscado y que la intervención de ese tercero truncó la posibilidad de hacerlo.

La pérdida de la oportunidad es un tema profundamente ligado al acontecer probatorio del proceso, de tal suerte que la prueba pericial o el testimonio técnico-médico sea requisito *sine quanem* para estructurar este tipo de daño.

La pérdida de la oportunidad no puede ser utilizado de forma errónea para llenar vacíos probatorios y fallar en equidad por parte de los jueces de la república; de lo contrario, se daría lugar a crear un marco de incertidumbre jurídica por la desnaturalización de la institución de la responsabilidad extracontractual.

Referencias bibliográficas

Alcoz Medina, L. (2007). La teoría de la pérdida de la oportunidad. Civitas, Madrid, España: Thomson Civitas.

Gómez Giraldo, L. F. (2011). La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica. Bogotá DC, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Martínez Rave, G. (1996). Responsabilidad civil Extracontractual en Colombia. Medellín, Colombia: Dike.

Moreno Quijano, F. (Septiembre de 2013). La pérdida de una oportunidad (“chance”) en el derecho francés de la responsabilidad civil. *Revista Responsabilidad Civil y del Estado*, 55-76.

Obando Obando, B. S. (2016). Responsabilidad médica por pérdida de oportunidad, análisis desde el bioderecho y la gerencia de la salud 2016. Medellín: Jurídica Sánchez.

Sentencia de Unificación, aprobado mediante acta del 28 de agosto de 2014 referentes para la reparación de perjuicios inmateriales (Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera 2014).

Sentencia M. P. Fernando Giraldo, Radicado 1101310302620020035801 (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil 21 de enero de 2014).

Sentencia M. P. Hernán Andrade Rincón, Expendiente 19.360 (Consejo de Estado, Sección Tercera 8 de Junio de 2011).

Sentencia M. P. Hernán Andrade Rincón, Expediente 26577 (Consejo de Estado, Sección Tercera 14 de marzo de 2013).

Sentencia de Unificación M.P. Enrique Gil Botero, Expediente 19.031 (Consejo de Estado, Sección Tercera 14 de septiembre de 2011).

Sentencia M. P. Enrique Gil Botero, Expediente 25.869 (Consejo de Estado, Sección Tercera 24 de octubre de 2013).

Sentencia M. P. Ricardo Hoyos Duque, Expediente 10.755 (Consejo de Estado, Sección Tercera 26 de abril de 1999).

Sentencia M. P. Jesús María Carrillo Ballesteros, Expediente 11943 (Consejo de Estado, Sección Tercera 3 de mayo de 1999).

Sentencia M. P. María Elena Giraldo Gómez, Expediente 12.548 (Consejo de Estado, Sección Tercera 15 de junio de 2000).

Sentencia M. P. Ruth Estella Correa Palacio, Expediente 15.772 (Consejo de Estado, Sección Tercera 31 de agosto de 2006).

Sentencia M. P. Fredy Ibarra Martinez, Expediente 16.334 (Consejo de Estado, Sección Tercera 29 de noviembre de 2006).

Sentencia M. P. Mauricio Fajardo Gómez, Expediente 18.593 (Consejo de Estado, Sección Tercera 11 de agosto de 2010).

Sentencia M. P. Hernán Andrade Rincón, Expediente 23.632 (Consejo de Estado, Sección Tercera 14 de marzo de 2013).

Sentencia M. P. Enrique Gil Botero, Expediente 29.595 (Consejo de Estado, Sección Tercera 12 de noviembre de 2014).

Sentencia M. P. Ramiro Pazos Guerrero, Expediente 25.706 (Consejo de Estado, Sección Tercera 5 de abril de 2017)

Tamayo Jaramillo, J. (2007). Tratado de Responsabilidad Civil Tomos I y II. Bogotá DC, Colombia: Legis.

Velásquez Posada, O. (2013). Responsabilidad Civil Extracontractual (Segunda Edición ed.). Bogotá DC, Colombia: Temis.

Yepes Restrepo, S. (2011). La Responsabilidad Civil Médica, Octava Edición año 2011, Editorial Dike, pág. 204. (Octava Edición ed.). Medellín, Colombia: Dike.