

**La aplicación de la teoría de la pérdida de la
oportunidad en la responsabilidad del Estado por
actividades médicas en la especialidad de
ginecobstetricia**

**Trabajo presentado a:
Dr. Roberto Molina Palacios**

Por: Jorge Eliécer Morales Acuña

**Universidad Nacional de Colombia
Maestría en Derecho, Profundización en Derecho Administrativo
Bogotá
2013**

La aplicación de la teoría de la pérdida de la oportunidad en la responsabilidad del Estado por actividades médicas en la especialidad de ginecología

Jorge Eliécer Morales Acuña*

Introducción

“La ginecología es la especialidad de la medicina que se ocupa principalmente de la gestación, parto y los fenómenos posteriores al alumbramiento, hasta la involución completa del útero” (Melloni, 1995, p. 412).

La responsabilidad médica en esta especialidad ha originado diversas posturas dentro del Consejo de Estado Colombiano, aunque ha dejado de lado, en algunas ocasiones, el concepto de indemnizar de acuerdo con la reducción de la expectativa que pudo haber tenido la víctima de padecer una afección menor, lo cual ha generado injusticias a la víctima en la medida que no se le reconoce el valor merecido por el daño antijurídico causado.

El surgimiento de la figura de la pérdida de oportunidad en materia médica, es consecuencia de la búsqueda de la equidad y la justicia, frente al desconocimiento de muchas situaciones fácticas merecedoras de ser indemnizadas, bajo la premisa doctrinal inflexible del nexo de causalidad del todo o nada. De esta manera, el enfoque del juez ante la dificultad de establecer el nexo causal entre la actuación médica y la afectación concreta

* Abogado de la Universidad Nacional de Colombia; especialista en Derecho Administrativo; estudiante de Maestría con Profundización en Derecho Administrativo en la Universidad Nacional de Colombia; diplomado en Administración de Riesgos Financieros de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo de la Universidad Sergio Arboleda; diplomado en Políticas Públicas e Integración Regional del Parlamento Andino de Naciones; cursos de actualización en Riesgos Financieros, Derecho Administrativo y Análisis Político con la Embajada Británica, UIAF, Universidad Externado de Colombia de Colombia, Instituto Colombo Alemán, Fundación Alemana Hanss Seidel y la Pontificia Universidad Javeriana; asesor jurídico del Banco Agrario de Colombia, Gerencia para la Prevención de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo. Correo electrónico: jemoralesa@unal.edu.co

que sufre el demandante, deberá ser el de disminuir la rigidez del principio de certidumbre respecto del nexo de causalidad.

El tema de la responsabilidad médica se destaca por la inexistencia de límites y posturas claras dentro de la jurisprudencia, máxime en lo atinente a la aplicación del principio de la pérdida de oportunidad. Considerando lo turbio del tema, este trabajo procurará relacionar una postura recopilatoria sobre el desarrollo y posición actual de la pérdida del chance en materia médica, bajo la especialidad ginecobstétrica.

En materia jurisprudencial, desde hace varios años se ha dado aplicación a la teoría de la pérdida de la oportunidad, tratando de ofrecer una respuesta a la dificultad que implica estimar la certeza de un perjuicio cuando no es posible acreditar el nexo de causalidad entre un comportamiento médico negligente y el daño sufrido por el paciente. Pero, antes de continuar, diremos que la pérdida de oportunidad es una teoría jurídica que posibilita indemnizar al paciente que ha sido despojado de una probabilidad de curación, siempre y cuando exista incertidumbre en relación con la sucesión que hubieran tomado los acontecimientos de haberse continuado con patrones de actuación diferentes a los que se siguieron.

Dicha teoría ha contemplado un concepto de gran relevancia, el del daño pasivo, que es aquel daño que sucede no por la acción directa del galeno, sino debido a errores de diagnóstico o a omisiones en el tratamiento, que privan al paciente de resultados potencialmente más favorables.

En materia de responsabilidad ginecobstétrica,

la materna estaría sufriendo un daño pasivo de acuerdo a la teoría de la pérdida de la oportunidad o chance, porque este sería causado por error u omisión en el tratamiento, mas no estaría frente a un daño activo, que es aquel daño que se presenta por la acción directa del galeno. Sin embargo, cualquiera de los daños causados a la materna o al nasciturus son antijurídicos, que de

acuerdo al artículo 90 de la Constitución Política, el Estado debe reparar. (Daza, 2009)

Cuando se ha causado un daño pasivo dentro de la especialidad de ginecobstetricia, se le han reducido oportunidades de alcanzar un beneficio o de evitar una pérdida a quien está siendo tratada por el médico, siendo precisamente allí donde surge el problema de demostrarle al juez, los beneficios obtenidos si no se hubiese incurrido en el daño pasivo, y el segundo, la dificultad por reclamar la indemnización al Estado por los daños causados.

El Consejo de Estado, en lo atinente a la teoría de la pérdida de oportunidad, ha variado su posición en materia de responsabilidad médica, especialmente en lo relacionado con los diferentes títulos de imputación aplicables a los eventos de daños derivados por la deficiente, incorrecta o tardía praxis médica; siendo necesario entonces, sentar enfoques claros sobre el tema, a fin de evitar injusticias, bien sea a la parte demandada -estableciendo un mínimo porcentaje de reparación-, o bien sea indemnizando en un cien por ciento a la parte demandante, cuando no se haya demostrado la culpabilidad por parte del personal médico. Aunque lo más sensato sería indemnizar de acuerdo con el porcentaje de probabilidad que se tenía de obtener un beneficio.

Con base en lo anterior, surge entonces el interrogante: ¿En qué casos debe considerarse civil y extracontractualmente responsable al Estado, por aplicación de la teoría de la pérdida del chance, en desarrollo de actividades médicas en la especialidad ginecobstétrica?

De conformidad con lo anterior, se plantea la siguiente hipótesis: ¿podrá endilgársele al Estado la responsabilidad civil y extracontractual, bajo el marco de la pérdida de la oportunidad –en la especialidad médica de la ginecobstetricia-, cuando una falla del servicio médico ha mermado o eliminado una oportunidad cierta y razonable de alcanzar un desenlace o resultado beneficioso o de evitar un menoscabo? Si la respuesta a esta hipótesis, es afirmativa, habría que fallar, en consecuencia, contra el Estado, pero no por el

daño final, sino por la oportunidad pérdida, la cual será valorada económicamente atendiendo los elementos probatorios existentes y la coyuntura propia de los hechos. De tal suerte que, se indemnizará mediante sumas genéricas, por un rubro denominado “pérdida de oportunidad”, herramienta jurídica que deberá entenderse como un daño autónomo, diferente e independiente del daño final.

Así las cosas, la aplicación de la teoría de la pérdida de la oportunidad en el campo ginecobstétrico, facilita la tarea de los demandantes, para probar el nexo de causalidad entre la culpa y el hecho. Planteándose el tema de esta manera,

se puede inferir que se facilitaría la tarea de los demandantes, pero que el juez solo estaría en la capacidad de reconocer una indemnización de acuerdo al número de probabilidades que tenía la madre o el bebé de obtener un beneficio. Para que el juez pueda conceder esa indemnización, debe hacer un estudio acucioso de la historia clínica, porque en la aplicación de esta teoría, la salud del paciente es determinante. (Daza, 2009)

En el presente trabajo, por la complejidad que supone abarcar todo el estudio de la teoría de la pérdida de la oportunidad en las distintas ramas del derecho, como instrumento jurídico para demandar civil y extracontractualmente al Estado, se hace necesario limitarlo a lo relevante para nuestros fines, esto es, a lo relacionado con la responsabilidad médica en la especialidad de ginecobstetricia.

En la primera parte de este trabajo, el lector encontrará un recuento general de la responsabilidad del Estado por actividades médicas; allí se hará una breve descripción sobre cómo ha venido ganando terreno la responsabilidad médica bajo el amparo de las nuevas garantías constitucionales y legales; se dejarán sentadas las bases sobre el daño antijurídico, como elemento esencial en los regímenes de responsabilidad; de igual forma, se hará una exposición sobre la falla en el servicio, como título de imputación preponderante y su desarrollo

doctrinal en cada una de sus modalidades. Por otra parte, se mencionará la obligación de indemnizar por los daños causados, sobre las diferentes modalidades de responsabilidad existentes y sobre la obligación de medio y de resultados, que se genera en materia médica.

También se expone la importancia del tema, teniendo en cuenta los altos índices de mortalidad presentados en Colombia, como consecuencia de la mala praxis médica en la especialidad de ginecología y obstetricia; se relacionan las posiciones doctrinales y jurisprudenciales más importantes sobre la responsabilidad del Estado por los daños causados a las madres gestantes; se hace un recuento sobre el régimen de la falla probada, la falla presunta, la carga dinámica de la prueba, la prueba indiciaria y la causalidad preponderante; y, por último, se trata el tema de la pérdida de oportunidad, en el cual se darán las luces más importantes para resolver el problema de esta investigación; lo anterior sustentado sobre las bases doctrinales y jurisprudenciales pertinentes.

1. Estado de la cuestión.

1.1 Responsabilidad del Estado por actividades médicas

Referirnos al concepto y, más aún, al desarrollo doctrinal y jurisprudencial de la responsabilidad del galeno y de las entidades públicas prestadoras del servicio de salud, bien sea civil, penal, administrativa, disciplinaria, según corresponda, es tocar un tema, sin duda, de avanzada. El Consejo de Estado y la Corte Constitucional principalmente, celosos defensores de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política, especialmente de los que protegen a las madres gestantes, han podido sentar al banquillo a los profesionales médicos que ocasionan un daño al paciente durante el desarrollo de su profesión.

La regla en la historia antigua de la humanidad, tenía su fundamento en que la responsabilidad médica no era de recibo, pues el ejercicio de la actividad médica era considerado sagrado, posicionándolo más allá de toda

responsabilidad, condena o de cualquier indemnización por daños patrimoniales o morales.

Hoy en día, como bien lo señala el doctor Wilson Ruiz, en su texto *Responsabilidad Médica en Colombia*,

El médico es un profesional más, que si ejerce mal su profesión puede ser acusado ante los jueces correspondientes. Esa imagen de eclesiástico paternal ha ido cambiando con el transcurso del tiempo, ahora ya no es ese ser intocable; la democracia liberal trajo consigo el reconocimiento de los derechos de los enfermos frente a quienes ejercen el sagrado arte de la medicina.

Los códigos médicos, las normas disciplinarias, los códigos penales, así como los documentos que consagran los derechos de los enfermos, en gran medida suponen un nuevo autoritarismo, pero ahora de los pacientes. Actualmente los médicos son los atemorizados, ya que son llevados frecuentemente a los tribunales de justicia. Si anteriormente la relación médico-paciente se regía por el paternalismo, ahora la presiden el miedo y la desconfianza. (Ruiz, 2004)

De acuerdo con lo anterior, y entrando más en materia, el *Diccionario de la Real Academia Española* define la responsabilidad, como “la obligación de reparar o satisfacer, por sí o por otro, como consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal”. (Real Academia Española [RAE], 1994, p. 1784)

Teniendo en cuenta la definición señalada, y para ser más precisos en nuestra disciplina jurídica, es importante señalar que la responsabilidad consiste en aceptar las consecuencias jurídicas por una conducta impropia, que genera a la víctima un detrimento patrimonial o extrapatrimonial, pero económicamente valorable, con la obligación del victimario de indemnizar tales perjuicios al sujeto pasivo.

Ahora bien, es necesario establecer el concepto del daño antijurídico, elemento esencial en los regímenes de responsabilidad, entendido este como

[la] lesión a un interés jurídicamente tutelado, que la víctima no está en la obligación legal de soportar, o como aquel que causa un detrimento patrimonial que carece de título jurídico válido y excede el conjunto de cargas que normalmente debe soportar el individuo. (Cano, 2010, p. 1)

“Y más específicamente al tema relacionado con la responsabilidad médica, se lo ha definido como el lesionamiento o menoscabo que se ocasiona a la integridad física o moral del paciente o a la de los interesados”. (Serrano, 2001, p. 147)

En responsabilidad médica, el título jurídico de imputación es la falla en el servicio médico, y esta, a su vez, consiste en la irresponsabilidad, el descuido y la omisión por parte de los médicos, lo cual produce un perjuicio cierto y determinado; lo anterior, sujeto a la existencia de la relación de causalidad entre la falla y el perjuicio. (Consejo de Estado, 1998, 5 de feb.)

El título de imputación –falla en el servicio-, ha sido manejado desde dos perspectivas, la falla en el servicio probada y la falla en el servicio presunta; la primera tiene aplicación en el régimen ordinario de responsabilidad, y la segunda es utilizada en los regímenes de excepción. Para el caso concreto de la responsabilidad médica, a lo largo de las diferentes líneas jurisprudenciales se ha erigido y consolidado el modelo de la falla presunta, que consiste fundamentalmente en el hecho que al demandante no le corresponde acreditar o demostrar los hechos que ocasionaron el daño, sino a quien técnicamente está en la posibilidad de hacerlo, precisamente por conducir todas las circunstancias durante las diferentes fases del proceso médico, (diagnóstico, historia clínica, medicamentos, tratamientos, procedimientos etc.), esto es, para nuestro caso, a las empresas sociales del Estado.

La falla en el servicio médico encuentra su base doctrinal cuando se presenta una falencia funcional u orgánica, bajo el entendido que la administración debía prestar un servicio, bien por disposición de la ley, de los reglamentos o cuando de hecho lo asume, y no lo presta, o lo hace pero de manera irregular en el

espacio o en el tiempo. No obstante, el Consejo de Estado ha reiterado que no toda falla implica responsabilidad del ente administrativo o del Galeno involucrado, sino solo cuando provenga de una conducta negligente o descuidada en el servicio (Consejo de Estado, 1990, 24 de oct.)

Actualmente, la responsabilidad médica es de medio y no de resultado; es decir, el médico no está en la obligación de garantizar la salud del enfermo, pero sí de brindarle todo su apoyo en procura de su mejoría; excepto en aquellos casos en los que se persigue no la curación, sino lograr un determinado bienestar en la integridad humana (ej. cirugías estéticas); en estos eventos nos encontramos frente a una típica responsabilidad de resultado, la cual no es la que propiamente se desarrolla en este trabajo.

Lo que sí es preciso comprender, es que la medicina conlleva una enorme responsabilidad que surge de las características propias que engloban su práctica, por ello existe un concepto básico y es que todo procedimiento, ya sea terapéutico, quirúrgico o de diagnóstico, tiene asociado un riesgo para el paciente, representado en que las acciones del médico, que le produzcan a su vez algún daño o secuela psíquica o física, debe ser reparado.

Este riesgo, que es soportado por el enfermo y debe ser asumido por el galeno o practicante, obviamente tiene unas implicaciones legales, dado que el afectado puede recurrir a la justicia en caso de sentirse perjudicado.

El elemento más aceptado en la actualidad, en relación con la obligación de reparación por el hecho de terceros, es la obligación de seguridad y garantía, a través de la cual se busca que se le brinde al paciente (cual obligación de medios, excepcionalmente de resultados, y también de fin determinado), un mínimo de seguridad en cuanto a que los profesionales de una institución (pública o privada) trabajen adecuadamente, utilizando los elementos adecuados y necesarios para que el fin buscado, cual es el de la preservación de la salud, pueda ser logrado. (Ruiz, 2004, p. 195-216)

De igual manera, esta figura jurídica no procura, en un evento dado y ante un daño evidente e incuestionable ocasionado al paciente, revelar la subjetividad de la acción u omisión de un galeno, sino la inobservancia al principio de seguridad y buena fe.

En ese orden de ideas, reiteradamente el profesional de la medicina se enfrenta al problema o disyuntiva de elegir entre dos o más opciones. Por una parte, se plantea qué es lo que debe hacer para garantizar el mayor grado de bienestar del paciente, dentro del método o apreciación científica dominante, y cuál de las posibles actuaciones es la más benigna o menos perjudicial para este, atendiendo los riesgos inherentes a la actividad médica y acatando continuamente los principios del respeto a la vida, a la integridad humana y a la preservación de la salud. Ahora, independiente de ello, todo profesional de la medicina siempre estará potencialmente sujeto a una demanda civil, administrativa o imputación de carácter penal, por verse involucrado en una posible conducta antijurídica en términos de responsabilidad médica.

Por todo esto, las vías jurídicas para atacar las conductas activas u omisivas de los profesionales médicos husmean permanentemente su actividad profesional; siendo por demás justo, puesto que, si bien, existe cierto margen de acción dentro de sus procedimientos o diagnósticos, hay desaciertos que no se justifican y que a la luz de la responsabilidad médica y la dignidad humana no deben pasarse por alto. Así las cosas, en la medida en que las empresas sociales del Estado y los profesionales de la salud, consideren y asuman responsablemente su papel supremo en la sociedad, será más factible evitar errores que terminen perjudicando a la comunidad.

En cuanto a la obligación de reparar con ocasión de actividades médicas, en primera medida, se debe tener en cuenta “que todo aquel que cause un daño a otro debe repararlo. Esa obligación de reparación se traduce en la responsabilidad del causante del daño la cual puede ser según esa tradición, de carácter penal o civil”. (Consejo de Estado, 1996, 22 de mayo)

La responsabilidad penal se presenta cuando el hecho causante del daño consiste en una conducta que el Estado ha tipificado

como delito y se traduce en una responsabilidad frente al Estado, quien, en consecuencia, impone una pena al responsable para reparar el daño social causado por su conducta ilícita. Su estudio corresponde al derecho penal. (De las Heras y Ojeda, 2007)

A su vez, “la responsabilidad civil se traduce en la obligación de reparar el daño desde el punto de vista patrimonial, por su causante frente a la persona concretamente perjudicada y ya no frente a la sociedad representada por el Estado”. (Castro & Gil, 2000)

De manera que una misma conducta puede generar responsabilidad de carácter penal como civil. Sin embargo, vale la pena recalcar que la responsabilidad penal ha sido considerada comúnmente como de naturaleza subjetiva y personal y por tanto, solo es aplicable a la persona natural que ha cometido una conducta tipificada; aunque en los últimos años, en algunos países y para casos muy específicos, se han dado varias señales respecto a la posibilidad de que las personas constituidas legalmente como jurídicas, sean también sujetos pasivos de las consecuencias penales.

En consecuencia, puede decirse que, por regla general, las personas jurídicas no incurrir en responsabilidad penal y, por tanto, en esa misma medida tampoco incurrir en ella las entidades públicas. (De las Heras y Ojeda, 2007)

“En lo que atañe a la responsabilidad civil en general, y a la médica, en particular, conocida es su clasificación en contractual o extracontractual” (Corte Suprema de Justicia, 2002, 11 de sep.). “Aquella, exige una relación jurídica preexistente entre las partes, o, lo que es más general y frecuente, la existencia y validez de un contrato, su incumplimiento, el daño y la relación de causalidad” (Corte Suprema de Justicia, 1994, 12 de jul.). “En cambio, en la última, el quebranto se produce al margen de cualquier vínculo jurídico previo entre aquellos que se relacionan con ocasión del daño” (Corte Suprema de Justicia, 2011).

Ahora bien, tratándose de responsabilidad civil, diferente a la penal y más importante para nuestros fines, es preciso señalar que

[Es] principio del sistema organizado, administrado y garantizado por las entidades de salud del Estado, la calidad en la prestación de los servicios de salud, atención de las condiciones del paciente según las evidencias científicas, y la provisión de forma integral, segura y oportuna, mediante una atención humanizada.

En idéntico sentido, estas entidades son responsables de administrar el riesgo de salud de sus afiliados, organizar y garantizar la prestación de los servicios médicos, orientado a obtener el mejor estado de salud de los afiliados, para lo cual, entre otras obligaciones, han de establecer procedimientos garantizadores de la calidad, atención integral, eficiente y oportuna a los usuarios en las instituciones prestadoras de salud.

Igualmente, la prestación de los servicios de salud garantizados por las entidades sociales del Estado, no excluye la responsabilidad legal que les corresponde cuando los prestan a través de las instituciones prestadoras de salud (IPS) o de profesionales mediante contratos reguladores sólo de su relación jurídica con aquéllas y éstos. Por lo tanto, a no dudarlo, la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuna, lesiva de la calidad exigible y de la *lex artis*, compromete la responsabilidad civil de las Entidades Prestadoras de Salud y prestándolos mediante contratación con Instituciones Prestadoras de Salud u otros profesionales, son todas solidariamente responsables por los daños causados, especialmente, en caso de muerte o lesiones a la salud de las personas (Corte Suprema de Justicia, 2011)

No obstante lo anterior, el Consejo de Estado, al analizar un fallo en el que el Tribunal declaró solidariamente responsables a la Nación, al departamento de Santander y al Hospital Universitario Ramón González Valencia, por la tardanza de este último en la atención a un paciente que sufrió un accidente en su pierna, causándole la imputación, dejó sin efectos el argumento del *a quo*, según el cual todos los mencionados eran solidariamente responsables porque la estructura orgánica del sistema general de salud les concede competencias extraídas de la ley 10 de 1990 que los hace responsables de los daños infligidos en la prestación del servicio.

Sobre el particular, la Sala desestimó el argumento del Tribunal,

toda vez que al margen de cualquier consideración sobre la estructura orgánica del sistema general de salud y las competencias asignadas a la Nación y los entes territoriales, en el caso, existe un hecho claro, y es que la imputación, tal como se planteó en la demanda, está dirigida al ente que prestó el servicio médico, esto es, el Hospital Universitario. En lo que concierne a la falla del servicio alegada, se observa que no es posible hacer una imputación fáctica o jurídica a la Nación o al Departamento de Santander. Adicionalmente, el Hospital Universitario Ramón González Valencia se transformó en empresa social del Estado, entendida como una categoría especial de entidad pública descentralizada del orden departamental, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, en virtud del Decreto 96 de 1995, expedido por la Gobernación de Santander.

Así las cosas, el ente prestador del servicio en el asunto sub examine es una persona jurídica distinta de la Nación y del Departamento de Santander, y en virtud de ese rasgo (personería jurídica) tiene capacidad para acudir al proceso como parte y ser sujeto de relaciones jurídicas, de forma activa, como un acreedor, o como en el sub iudice, en la parte pasiva de la relación –no sólo procesal, sino sustancial-. Es, pues, la personería jurídica el elemento del cual emana la capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones.

Finalmente, para la Sala es evidente que de los hechos narrados no es posible dirigir imputación alguna a la Nación o al Departamento de Santander, comoquiera que la falla del servicio está fundamentada en la tardanza del Hospital en la práctica del lavado quirúrgico y la desbridación, como causa principal del resultado dañoso. En ese orden, éste es un hecho, que al margen del análisis de la falla del servicio, sólo le es imputable al ente nosocomial, por tanto, la sentencia de primera instancia será revocada en cuanto a la condena solidaria impuesta en contra de la Nación y el Departamento de Santander, y en consecuencia, el análisis de responsabilidad se circunscribirá sólo en relación al Hospital como parte pasiva de la relación procesal (Consejo de Estado, 2013, 25 de oct.)

En materia de responsabilidad médica, la doctrina y la jurisprudencia se han basado en el artículo 90 de nuestra Carta Magna, el cual establece 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 ese orden de ideas, y bajo el entendido que la responsabilidad médica se configura bajo el título de imputación de la falla del servicio, se procederá a reseñar que a lo largo de los años se ha sentado jurisprudencia dentro del Consejo de Estado en diferentes direcciones, a saber:

En materia médica, en un primer momento se dio aplicación al régimen de la culpa probada, el cual comprometía al sujeto pasivo de la afectación a acreditar o probar la falla del profesional médico; en otro estadio, y de manera más condescendiente, se afirmó que si el proceso de gestación se desarrolló de manera normal, con seguimiento y controlado, sería menester tratar a la responsabilidad bajo la figura de la falla presunta, incluso determinando la existencia de una obligación de resultado, eximiendo de la carga probatoria a quien vio vulnerados sus derechos, encontrándose eso sí, que en algunos casos el límite entre la presunción de la falla y la presunción del nexo de causalidad se tornó intangible.

Sobre este punto en particular (en el campo de la obstetricia, la responsabilidad médica tiende a ser objetiva y es tendencia entender su obligación como de resultado), en la sentencia del Consejo de Estado (2000, 17 de ag.),

Se discute en segunda instancia el recurso de apelación impetrado por el Instituto de Seguro Social, quien fue condenado en primera instancia a indemnizar perjuicios a una paciente, que ingresó al servicio de Ginecobstetricia del ISS para que fuera atendido su trabajo de parto. En dicho servicio se hizo un diagnóstico de “Falso trabajo de parto”, se dejó hospitalizada, presentando al quinto día ruptura uterina, que ocasionó al menor anoxia fetal severa, y a la madre se hizo necesario practicar histerectomía.

La parte demandada argumentó que no hubo falla del servicio, dado que el ISS puso a disposición de la paciente, una adecuada atención conforme al criterio

de los profesionales, y a la capacidad del centro hospitalario. Por otra parte, hubo existencia de un caso fortuito, pues la inexistencia de factores de riesgo de la madre, hicieron imposible prever el desenlace ya conocido.

El Tribunal de Antioquia, por su parte, con el recaudo de pruebas técnicas, determinó que a la paciente no se le hizo nunca una monitoría fetal, ni se consignaron en la historia clínica los signos de una inminente ruptura uterina. Este hecho, sumado a la demora en la atención, fueron factores desencadenantes de la ruptura del útero, la hipoxia severa que sufrió el menor, y la infertilidad a la cual se ve abocada la madre hoy en día.

El Consejo de Estado, después de analizar con detenimiento el acervo probatorio, confirmó el fallo de primera instancia, al comprobar que el ISS incurrió en responsabilidad por negligencia en la prestación del servicio de salud, que produjo graves e irreversibles daños en la demandante y su hijo menor. Sostuvo la Sala que un diagnóstico acertado y una atención médica oportuna, habrían evitado el estallido del útero y la expulsión del *nasciturus* al abdomen, con las graves consecuencias para la salud de madre e hijo.

Lo relevante de esta sentencia es que la Sala planteó la postura que en el campo de la obstetricia, la responsabilidad médica tiende a ser objetiva, pues es una ciencia que se ocupa de un proceso que es normal y no una patología, y la función de los médicos en esta área, es apoyar a la madre o tratar de corregir cualquier disfuncionalidad. Así las cosas, la tendencia es considerar que esta rama de la medicina comporta una obligación de resultados, y lo esperado es que un proceso de embarazo natural, tenga resultados satisfactorios que no pongan en riesgo a la madre ni al hijo. (Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación, 2008)

Más adelante, y tocando el tema concreto de este trabajo, se determinó que ante la insuficiencia o falencia del material probatorio dentro de los casos de responsabilidad en ginecobstetricia, era preciso considerar la prueba indiciaria, entendida como un mecanismo complementario para probar la falla en el

servicio médico, terminando finalmente este proceso de posiciones doctrinales y jurisprudenciales con la consolidación de nuevas figuras jurídicas de imputación, basadas en la configuración de un daño autónomo y con características propias, como lo es la pérdida de oportunidad.

1.2 Responsabilidad del Estado por daños causados a las madres gestantes

La jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano ha estimado necesario estar a la vanguardia en estos temas sensibles de la responsabilidad médica y que fueran desarrollados en el sistema contencioso francés; por ello ha adoptado distintos enfoques en procura de garantizar la protección de los derechos fundamentales de las madres gestantes.

El artículo 90 de la Carta Magna colombiana, como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ha sido sin duda el sustento legal y finalista por el que la responsabilidad administrativa en los servicios médicos se ha desarrollado de manera amplia por el Consejo de Estado Colombiano. Los temas relacionados con la responsabilidad del Estado por daños causados a las madres gestantes, son de los que más resaltan por su frecuencia, pero, lastimosamente, no porque la atención, diagnósticos, tratamientos e intervenciones quirúrgicas realizadas a la mujer gestante sean los óptimos.

En ese sentido, y como bien lo manifiesta el doctor Gil Botero,

Si se tienen en cuenta las cifras mundiales –extraídas de la página oficial de la Organización Mundial de la Salud, un número aproximado de 536.000 mujeres mueren al año a nivel global, a causa de complicaciones relacionadas con el embarazo o el parto. Las cifras establecidas en 1990 por la misma OMS, señala que se ha reducido la mortalidad materna en 40.000 muertes por año. Lo anterior demuestra, claramente, que las políticas públicas no son suficientes para contrarrestar los peligros que supone el alumbramiento. Siendo lo más preocupante, que de esos 536.000

casos de muertes, más del 90 % se presentan en los países subdesarrollados; generando consigo, obligaciones de carácter Estatal, siendo la resolución de fallos administrativos del Consejo de Estado una herramienta político-jurídica para contrarrestar esa triste realidad. (Gil, 2008)

Bajo esa mirada, y atendiendo los datos puestos a consideración por el doctor Gil Botero, es necesario establecer que la responsabilidad médica del Estado presenta unas situaciones generalizadas, las cuales, bajo el desarrollo de determinadas conductas repetitivas de los galenos, se consolidan bajo diferentes contextos como argumentos suficientes para declarar al Estado responsable; a saber:

Hemorragias graves, infecciones, abortos en malas condiciones, sin condiciones idóneas de salubridad e higiene, *shock* séptico, trastornos hipertensivos de la gestación -preclamsia y eclampsia y parto obstruido-.

A fin de evitar falencias en las causas más frecuentes de daños a madres gestantes, se presenta una serie de obligaciones o deberes que deben cumplirse por parte de los médicos tratantes en este tema (Gil, 2008):

1. Prestar asistencia profesional
2. Actuar con ciencia y prudencia, ajustado a los principios de la *lex artis*.
3. Respetar la voluntad del paciente.
4. Informar y hacerlo suficientemente.
5. Obtener el consentimiento informado
- 6 Colaborar
7. Abstenerse de realizar ciertas actividades
8. Abstenerse de garantizar un resultado
9. Permitir una segunda opinión, cuando no exista claridad en la valoración y el diagnóstico.
10. Fiscalizar y controlar al personal auxiliar.
11. Emplear técnicas aceptadas por la ciencia médica.
12. Guardar el secreto profesional
13. Denunciar irregularidades.

Es preciso señalar en este punto, que las situaciones descritas son susceptibles de perfeccionarse a través de las conductas activas u omisivas de los médicos, originando la consecución de la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado, en tanto se ha faltado en el actuar, la diligencia y el cuidado mejorado que ameritan las gestantes.

Así las cosas, se procurará presentar un bosquejo sobre el concepto, los elementos, las posiciones y los avances que se han tenido en relación con la responsabilidad médica por el acto obstétrico, tema discutido con frecuencia por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, atendiendo las deficiencias en la prestación de los servicios médicos en esta rama.

La especialidad médica de la ginecobstetricia, se encarga de tratar el parto, sus antecedentes y sus secuelas (Pritchard & Mac Donald, 1986). “Por tanto, le conciernen sobre todo los fenómenos y el tratamiento del embarazo, el parto y el puerperio en circunstancias normales como anormales”. (Vásquez, 2002). “También se le ha conocido como la rama de la medicina que se ocupa principalmente de la gestación, parto y los fenómenos posteriores al alumbramiento, hasta la involución completa del útero”. (Melloni, 1995).

En cuanto a la responsabilidad ginecobstétrica, el Consejo de Estado la ha manejado como una responsabilidad extracontractual. Ahora, de igual forma que la responsabilidad médica y de acuerdo con la reciente sentencia en referencia a esta rama de la medicina (Consejo de Estado, 2009, 19 de ag.), el título de imputación que actualmente se está aplicando en materia ginecobstétrica es el de falla en el servicio médico.

Así mismo, en otra sentencia del Consejo de Estado (2008, 26 de mar.), se determinó que en materia ginecobstétrica, el demandante deberá probar todos los elementos de la responsabilidad, para lo cual cuenta con una pieza muy importante, la prueba indiciaria, que le permitirá a su vez acreditar especialmente la falla en el servicio, y a la entidad demandada, por otro lado, le corresponderá atacar dicha prueba indiciaria, bajo la cual el actor ha demostrado unas situaciones de hecho particulares.

En relación con el régimen de responsabilidad del Estado por daños causados en materia médica en la especialidad ginecobstétrica, encontramos que cuando dicha responsabilidad recae bajo los diferentes supuestos que implica la prestación de servicios de salud a cargo de las entidades estatales dispuestas para tal fin, se han tenido varias modificaciones, especialmente en los últimos años, puesto que inicialmente,

se manejó con fundamento en el régimen de la falla probada tanto el daño proveniente del deficiente funcionamiento de los servicios médico asistenciales como el causado por actos médicos propiamente dichos, hasta que en 1992 la jurisprudencia de la Sala consideró que no podía dárseles el mismo tratamiento”, teniendo en cuenta la complejidad que envolvía a los actos médicos y las dificultades que implicaba para los pacientes desde el punto de vista probatorio, el acreditar los daños causados con ellos. (Consejo de Estado, 2006, 11 de mayo)

En ese orden de ideas, para un periodo dado, la responsabilidad por la atención en las empresas sociales del Estado siguió rigiéndose por la falla probada del servicio, que exige acreditar los tres elementos constitutivos de la misma. Todo esto cuando se tratara de establecer una responsabilidad médica, o sea aquella en la que interviene la actuación del profesional de la medicina en materias tales como diagnóstico, tratamiento, procedimientos quirúrgicos, etc., en los que está en juego la aplicación de los conocimientos científicos y técnicos de la ciencia de la medicina.

Más adelante, la jurisprudencia asumió un nuevo enfoque, la inversión de la carga de la prueba respecto del elemento falla, presumiendo su existencia y radicando en cabeza del demandante únicamente la carga de probar el daño y su nexo con el servicio; acreditados estos dos elementos de la responsabilidad, le correspondía a la entidad demandada para exonerarse de la misma, la obligación de acreditar que su actuación fue oportuna, prudente, diligente, con pericia, es decir, que no hubo falla del servicio, o romper el nexo causal, mediante la acreditación de una causa extraña, como lo son la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho también exclusivo y determinante de un

tercero; este fue el régimen conocido como de la falla del servicio presunta. (Consejo de Estado, 2006, 11 de mayo)

En otra providencia, el Consejo de Estado (2000, 10 de feb.) estimó que utilizar de manera tan rotunda e indiscutible el principio de las cargas probatorias dinámicas, tal y como se venía desprendiendo de la jurisprudencia, podía orientar a adulterar sus propios fundamentos, en la medida que se presentaron casos en los cuales “...los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente...”, no tenían implicaciones técnicas o científicas, estando el paciente en mejores condiciones para probarlos, por lo cual lo procedente era que él lo hiciera y no que también en estos casos se invirtiera la carga de la prueba, porque precisamente en eso era que consistía la mencionada teoría de las cargas probatorias dinámicas. Con relación al nexo causal entre el daño y la actividad de la administración, también ha reiterado la Sala que el mismo debe aparecer debidamente acreditado puesto que el mismo no se presume, aunque en reconocimiento de la dificultad que surge en no pocas ocasiones para lograr tal prueba, por los elementos de carácter científico que pueden estar involucrados y que resultan de difícil comprensión y demostración por parte del interesado, se admite para ello “...que la demostración de la causalidad se realice de manera indiciaria, siempre que, dadas las circunstancias del caso, resulte muy difícil -si no imposible- para el demandante, la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar” (Consejo de Estado, 2004, 14 de dic.)

De manera que le corresponderá al demandante probar la falla del servicio, salvo en las circunstancias en que le resulte excesivamente difícil, prácticamente imposible o desmesuradamente improbable; de igual manera, atañe al sujeto activo del proceso aportar la prueba que demuestre la relación de causalidad, la cual, como señalábamos con anterioridad, podrá probarse a través de indicios en los eventos en los cuales le resulte muy difícil sino imposible aportar la prueba directa de los hechos que permitan construir esa

importante pieza de la obligación de indemnizar. Ahora, en la evaluación de los indicios se deberá tener singular atención a la conducta del sujeto pasivo, sin que por ello se deba exigir en la plenitud de los casos que demuestre cuál fue la causa real del daño; “la valoración de esos indicios deberá ser muy cuidadosa, pues no puede perderse de vista que los procedimientos médicos se realizan sobre personas que presentan alteraciones en su salud, y el análisis de la relación causal debe preceder el de la falla del servicio”. (Consejo de Estado, 2005, 28 de abr.)

2. Marco teórico

2.1 Responsabilidad del Estado en materia médica, en la especialidad de ginecología y obstetricia

El deber ser dentro de esta disciplina ha de estar enmarcado bajo los lineamientos de la autonomía y la independencia. El vínculo entre el médico ginecologista y la paciente, debe establecer lineamientos en cuanto a su responsabilidad, donde la imputabilidad al accionar del galeno no grabe conminando, intimidando y amenazando en todo momento, con capacidad desvirtuada de maltratar el ejercicio libre de la profesión, cuando esta se ejerce con honestidad y responsabilidad; lo cual no obsta para dejar en el olvido una realidad latente, que la paciente detenta la misma dignidad que cuando estaba sana y le son inherentes unos derechos inviolables, protegidos por la Constitución y la Ley.

En Colombia, la regla general es que la responsabilidad médica es de medio y no de resultado; esto es, el profesional de la medicina no se encuentra obligado a garantizar la salud del paciente, así como tampoco a asegurar resultados como consecuencia de un tratamiento o de un diagnóstico; pero sí es obligatorio aplicar los conocimientos médicos aceptados por la comunidad internacional médica y brindar todo su apoyo en procura de su mejoría. Inusualmente, la obligación médica es de resultado, basta mencionar el caso de las cirugías estéticas, donde al paciente se le informa de los resultados a los que se llegará luego de la intervención correspondiente, siendo precisamente

allí, en la información, muchas veces sesgada o errada que genera expectativas irreales, donde se dan las causales más importantes para originar responsabilidad.

En ese sentido, el doctor Wilson Ruiz, señala lo siguiente:

Es total recalcar que en virtud de este vínculo contractual las instituciones de salud deben cumplir de forma cautelosa y segura, con todos los cuidados preestablecidos y bajo ningún concepto deben entender su responsabilidad como meramente de medio. El cuidado del paciente se convierte para la institución en una verdadera obligación de resultado, debiendo ser exigente consigo misma y con todo el personal bajo su cargo, a fin de asegurar la calidad en la prestación de servicios médicos sanitarios a todos los usuarios. (Ruiz, 2004)

Sin embargo, en cuanto al tema de que los médicos solo tienen obligaciones de medio y no de resultado, el Consejo de Estado desvirtuó ello aduciendo que

siendo un proceso de embarazo natural y sin complicaciones lo cual no ameritaba un trato especial, lo esperado era una culminación satisfactoria, en donde la ciencia médica acude a apoyarlo o a prever y tratar de corregir cualquier disfuncionalidad que obstaculice su desarrollo normal o ponga en riesgo a la madre o al que está por nacer. Lo especial y particular de la obstetricia es que tiene que ver con un proceso normal y natural y no con una patología, por lo cual reitera lo dicho por el Tribunal el sentido que la demandada no demostró que, durante el embarazo de la paciente, se hubieren presentado hechos imprevisibles e irresistibles que la hubieran liberado de toda responsabilidad. (Consejo de Estado, 2000, 17 de ag.)

En ese sentido,

más allá de la consideración de la culpa in vigilando o in eligiendo, que debe el Estado a los particulares -según el caso- sobre el personal que libremente labora o se desempeña en estas instituciones; más allá de la obligación de cuidado que deben las instituciones hacia los usuarios; más allá de la obligación contractual incluyendo la de servicios hospitalarios, se encuentra el

principio fundamental de la garantía, el cual propende a que las instituciones ofrezcan a sus usuarios una vez demostrado el daño sufrido, los resarcimientos económicos como contraprestación, de acuerdo con la norma sustantiva civil. Ahora bien, en caso de una demanda a una entidad estatal por el daño que uno de sus médicos le ocasione a un paciente, esta debe repetir contra el funcionario público para que le devuelva al Estado lo que pagó por culpa suya. (Ruiz, 2004)

Bien, una vez hechos los comentarios generales respecto a la relación médico-paciente, es preciso señalar que “la gineco-obstetricia (sic) es la rama de la medicina que se ocupa principalmente de la gestación, parto y los fenómenos posteriores al alumbramiento, hasta la involución completa del útero”. (Melloni, año, p. 412)

En concreto, la responsabilidad médica en la especialidad que nos ocupa ha sido materia de estudio por las conductas improcedentes por parte del personal médico de las empresas sociales del Estado, hecho que ha generado diferentes posiciones dentro del Consejo de Estado colombiano, y en ocasiones se ha dejado de lado, el concepto de indemnizar de acuerdo con el daño causado, lo cual ha producido injusticias a la parte demandante, puesto que no se le ha reconocido el valor merecido por el daño antijurídico que se está soportando.

En materia jurisprudencial, es importante destacar que en los últimos años se ha venido afianzando la aplicación de la teoría de la pérdida de la oportunidad en las diferentes ramas del derecho, siendo la de carácter médico la que más nos interesa.

Así, es importante destacar que en esencia esta figura jurídica posibilita indemnizar a la paciente que se ha visto privada de la posibilidad de curación o de obtener un determinado provecho a manos del médico tratante, bajo la singularidad de la presencia de la incertidumbre respecto a la secuencia que hubieran tomado los acontecimientos, de haberse seguido unos patrones de actuación distintos a los utilizados.

La teoría de la pérdida de la oportunidad ha afianzado un concepto de gran relevancia, el del daño pasivo, que consiste en que el daño sucede no por la acción directa del médico, sino debido a errores de diagnóstico o a omisiones en el tratamiento, los cuales, a su vez, terminan por privar a la paciente de resultados potencialmente más favorables.

2.1.1 Posición del Consejo de Estado respecto a la responsabilidad del Estado en la especialidad médica de ginecología y obstetricia

En términos generales, y atendiendo el límite de espacio que se tiene, en este apartado se tratará de exponer las posiciones más importantes que el Consejo de Estado Colombiano ha tenido sobre el tema de responsabilidad en ginecología y obstetricia.

Es preciso señalar, entonces, que en la jurisprudencia emanada de su Sección Tercera, se han analizado temas como la aplicación de un régimen de culpa probada, la cual lleva a que la víctima se encuentre forzada a probar la falla del profesional médico; así mismo, en ocasiones este tema ha sido tratado con cierta condescendencia, entendiendo que de estarse frente a un proceso gestacional con seguimiento y debidamente controlado y cuyo diagnóstico y evolución sean normales, será preciso optar por la falla presunta, liberando de esta manera a la víctima de la carga probatoria.

En otro sentido, el Consejo de Estado ha abordado la posición de la prueba indiciaria, la cual ha sido utilizada como mecanismo extra para probar la falla del servicio, ante la insuficiencia de material probatorio decisivo e irrefutable que vaya más allá de cualquier duda razonable respecto de la idoneidad del acto médico, ciñéndose de esta manera a postulados y fallos con enfoques de equidad.

En otro estadio, el Consejo de Estado estimó necesario acudir a la figura de la carga dinámica de la prueba, para finalmente y a través de su jurisprudencia más reciente, hacer énfasis sobre la aplicación de la teoría de la pérdida de la oportunidad, entendiéndola como

Un daño autónomo, distinto e independiente del daño final; que cuando una falla del servicio ha cercenado una oportunidad cierta y razonable de obtener un resultado favorable o evitar un perjuicio hay lugar a la declaratoria de responsabilidad del Estado, no por el daño final, sino por la oportunidad perdida, que debe ser cuantificada económicamente de acuerdo con los medios probatorios y circunstancias propias de los hechos. En ese orden, la forma cómo se indemniza, que constituye el problema fundamental en lo que tiene que ver con este tema, ha sido direccionada a la concesión de sumas genéricas por un rubro llamado “pérdida de oportunidad”. Adicional a esto, en algunas decisiones, se ha estimado procedente la condena por perjuicios morales, con la aclaración de que no se conceden por el dolor, angustia y congoja sufrida por los demandantes por el daño final, sino por la pérdida de las probabilidades de recuperarse. (Consejo de Estado, 2013, exp. 25.896)

Dada esa mirada sintética y con el ánimo de ir directamente a las providencias, es necesario señalar que el Consejo de Estado estimó que los eventos de responsabilidad patrimonial del Estado por la prestación del servicio médico en la especialidad de obstetricia, no podían ser resueltos bajo los elementos propios de un régimen objetivo de responsabilidad; consideró que en tales circunstancias, el sujeto activo del proceso no quedaba exonerado de probar la falla del servicio, sólo que el hecho de que el proceso de gestación hubiera sido normal, pero el alumbramiento no fuera satisfactorio, se constituía en un indicio de dicha falla.

Ahora, otra posición de la Sala en torno a la deducción de la responsabilidad de las entidades estatales frente a los daños sufridos en el acto obstétrico, consiste en que a la víctima del daño, la cual pretende la reparación, le corresponde la demostración de la falla que acusa en la atención y de que tal falla fue la causa del daño por el cual reclama indemnización, es decir, debe probar: (i) el daño, (ii) la falla en el acto obstétrico y (iii) el nexo causal. La demostración de esos elementos puede lograrse mediante cualquier medio probatorio, siendo el indicio la prueba por excelencia en estos casos ante la falta de una prueba directa de la responsabilidad, dadas las especiales

condiciones en que se encuentra la paciente frente a quienes realizan los actos médicos, y se reitera, la presencia de un daño en el momento del parto cuando el embarazo se ha desarrollado en condiciones normales, se constituye en un indicio de la presencia de una falla en el acto obstétrico. No se trata entonces de invertir automáticamente la carga de la prueba para dejarla a la entidad hospitalaria de la cual se demanda la responsabilidad.

En otras palabras, no le basta al actor presentar su demanda afirmando la falla y su relación causal con el daño, para que automáticamente se ubique en el ente hospitalario demandado la carga de la prueba de una actuación rodeada de diligencia y cuidado. No, a la entidad le corresponderá probar en contra de lo demostrado por el actor a través de la prueba indiciaria, esto es, la existencia de una falla en el acto obstétrico y la relación causal con el daño que se produjo en el mismo, “demostración que se insiste puede lograrse a través de cualquier medio probatorio incluidos los indicios, edificados sobre la demostración, a cargo de la parte demandante, de que el embarazo tuvo un desarrollo normal y no auguraba complicación alguna para el alumbramiento, prueba que lleva lógicamente a inferir que si en el momento del parto se presentó un daño, ello se debió a una falla en la atención médica. (Consejo de Estado, 2011, MP. Ruth Correa)

El Consejo de Estado, mediante sentencia, cuyo magistrado ponente fue el doctor Gustavo de Greiff Restrepo (Consejo de Estado, 1990, 24 de oct.), desarrolló un análisis de la responsabilidad estatal en materia médica, considerando y dando aplicación a lo consagrado en el artículo 1604 del Código Civil para, de esta forma, encontrar la solución en el tema de responsabilidad médica. En ese sentido, cobra relevancia señalar que cuando se habla de responsabilidad por falla del servicio, quien lo hace se está refiriendo a una especie de responsabilidad, nacida de una falla funcional u orgánica, que encuentra su fundamento en un servicio que la administración debía prestar, bien por disposición de la ley o de los reglamentos, o cuando de hecho lo asume, y que, o no lo presta o lo presta de manera irregular en el espacio o en el tiempo.

Así, partimos de la base que para endilgarle responsabilidad al Estado por faltas del servicio, se requiere que la actividad sea de naturaleza administrativa, y que el hecho o conducta ilícita cometida se ejecute en función directa con la prestación del servicio que presta.

Los doctrinantes han ampliado la determinación de la obligación administrativa, diciendo que

Esta existe no solo en los casos en que la ley o el reglamento la consagra expresa y claramente, sino también en todos aquellos eventos en que, de hecho, la administración asume un servicio o lo organiza; y, lo mismo, cuando la actividad cumplida está implícita en la función que el Estado debe cumplir. (Consejo de Estado, 1990, 30 de mar.)

Y, más adelante, acogiendo este criterio dijo:

Si la administración tiene como uno de sus fines primordiales proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes no se ve por qué no deba responder de los perjuicios que con su actividad llegue a causar, cuando en ejecución de una tarea que no le corresponde según la ley y el reglamento, pero que de hecho asume, en efecto los irroga (Consejo de Estado, 1989, 30 de jun.)

En atención a lo dicho, es preciso reseñar los componentes de la responsabilidad por falla del servicio, así: una prestación o servicio que funcionó mal, no funcionó o lo hizo tardíamente; un daño y una relación de causalidad entre el primero y el segundo. De esta manera, en cuanto al daño, el sujeto activo tiene la pretensión de que se pruebe jurídicamente que una prestación o servicio, que debía satisfacerse a cabalidad en un momento determinado, funcionó mal, no funcionó o lo hizo tardíamente.

El punto de quiebre está en determinar ¿cuándo ese servicio funcionó mal, no funcionó o funcionó tardíamente?, y la respuesta que surge la encontramos cuando evidenciamos que existiendo la obligación legal, reglamentaria o de

hecho para actuar, ello no se hace, o se hace cuando ya el daño está causado, esto es, tardíamente.

En el punto concreto de la atención tardía, vale la pena mencionar la última sentencia del Consejo de Estado sobre pérdida de oportunidad, en la que se determinó que

la pérdida de una de las piernas de un ciudadano, tras un accidente de tránsito, no podía ser completamente atribuible a la entidad demandada, debido que este recibió el tratamiento adecuado y era previsible que sufriera la amputación. Sin embargo, sostuvo, se dieron los presupuestos de imputabilidad por pérdida de oportunidad, debido a que las demoras en la atención le restaron posibilidades en torno a la esperanza de conservar la extremidad. (Consejo de Estado, 2013, 25 de oct.)

Ahora bien, el mismo Consejo de Estado en varias oportunidades, ha expresado:

No toda falla implica responsabilidad del ente administrativo causante del daño, sino que será únicamente la proveniente de una conducta negligente o descuidada del servicio mismo (la falla es relativa), sin que importe la identificación del agente de la administración que intervino en su acontecer. (De Greiff, 1999)

Es preciso recordar que bajo el régimen de la falla en el servicio, le corresponde al administrado acreditar los elementos probatorios legales que constituyen el deficiente funcionamiento de un servicio que por disposición legal, reglamentaria, o por habérsela arrogado de hecho, le correspondía prestar, el daño que dicha falencia ocasionó y el nexo de causalidad entre ambos; de manera tal que a la administración le compete aportar las pruebas que contraríen lo dicho por el demandante, esto es, objetar la existencia de la falla o del daño, de la relación de causalidad entre ambos y probar que su conducta fue diligente o que la falla tiene asidero en un causa extraña (fuerza mayor, al hecho, culpa de la víctima o un tercero).

Ahora, tomando como referencia el escrito de las doctoras Correa y Gómez (2009), es pertinente recapitular que

mediante fallo de fecha 15 de agosto de 2002, con ponencia de el Dr. Alier Hernández Enríquez, bajo el radicado 7349, resolviendo el recurso de apelación incoado por los extremos procesales, señaló que la entidad demandada, Caja Nacional de Previsión Social, era responsable de los perjuicios sufridos por la parte actora, por cuanto de las pruebas recaudadas dentro del proceso se pudo inferir que la complicación presentada en el post operatorio de una paciente, no se hubiera presentado y por tanto no hubieran sido necesarias las otras dos intervenciones, de no ser por la falta de cuidado revelado por la demandada.

Estimó, apoyado en la teoría del grado de probabilidad preponderante en asocio con la aplicación las cargas probatorias dinámicas, que al ser difícil para la demandante probar la negligencia de los galenos por encontrarse la ofendida en un estado de inconsciencia al momento de desplegarse la conducta, debía hacerse un estudio de las pruebas aportadas para poder llegar a la conclusión de responsabilidad.

Señaló que de todo el acervo probatorio que reposaba en el expediente, mediante la prueba indiciaria se podía inferir que la demandada no obró con el cuidado y diligencia esperada, por quienes ponían en sus manos la solución médica a sus dolencias, que lejos de aportar elementos materiales probatorios que desvirtuaran esta conclusión, guardó silencio siendo esto gravoso para su propósito.

Razón por la cual, honrando el principio constitucional de equidad y haciendo una inversión de la carga probatoria declaró responsable a la entidad demandada de los daños padecidos por los demandantes, para tal efecto invocó los fallos de fecha 10 de febrero de 2000, expediente 11.878, el cual hizo referencia a la carga dinámica de las pruebas y a la sentencia calendada 14 de junio de 2001, expediente 11.901 la cual habló del grado de probabilidad determinante.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado (2004, 1 de jul.) tomó como argumento para condenar a la entidad demandada, la posición planteada en los fallos de fecha 10 de febrero de 2000 (expediente 11.878) sobre la carga dinámica de la prueba, y la sentencia calendada 14 de junio de 2001 (expediente 11.901), sobre el grado de probabilidad determinante.

Así como en el caso anterior, estimó la sección que la dificultad en el cumplimiento de la carga probatoria respecto de la actora, podría eventualmente ser un obstáculo para la reparación de daño que le fuera causado, razón por la cual, en virtud del principio constitucional de equidad, fundamentó su fallo en un detenido análisis de los elementos probatorios recaudados en legal forma.

De los mismos señaló, que en atención a falta de colaboración por parte de la demandada respecto del aporte de las pruebas que confluyeran en el esclarecimiento de la realidad fáctica, aunado a la actitud desobligante y displicente de los funcionarios adscritos a la demandada, se hizo necesario acudir a la prueba indiciaria, de tal manera que el comportamiento de los declarantes fuera valorado bajo las reglas de la experiencia, para así llegar a concluir que se podía inferir que la demandada no obró con la prudencia y diligencia exigida, máxime cuando la entidad no probó que hubiera realizado todas las gestiones tendientes a evitar la producción del hecho dañoso.

Es así como volvió sobre su argumento fundado en la dificultad de las víctimas para probar la realización de hechos de naturaleza científica y técnica, característica que hacía que la parte actora soportara una carga más pesada de lo que debería, por lo que consideraba que era al profesional a quien le incumbía probar su diligencia y pericia, de lo contrario era al juzgador a quien se le imponía la obligación de fallar de acuerdo con lo que los medios probatorios le permitían establecer a través de la prueba indiciaria, en asocio con la teoría del grado de probabilidad determinante.

Sin embargo, el Consejo de Estado, mediante sentencia de 31 de agosto de 2006, con ponencia de la Dra. Ruth Stella Correa Palacio, dio un giro radical a

lo que hasta el momento se había desarrollado en cuanto a la responsabilidad médica estatal. Afirmó que era tiempo de dejar de lado postulados en extremo benevolentes con la víctima y que era hora de volver sobre la falla probada del servicio, sin que este hecho fuera desesperanzador, toda vez que exponía el referido título de imputación de una forma muy flexible; es decir, disfrazaba la probabilidad preponderante conjugada con la prueba indiciaria con el matiz de la falla probada del servicio.

Esto por cuanto, señaló, si bien es cierto que la carga probatoria en esta clase de debates se encuentra en cabeza de la actora en virtud del artículo 177 del C. P. C., no era menos cierto que el juzgador se encontraba en capacidad de analizar en qué casos le era más fácil al demandado probar ciertos fundamentos de hecho, dada la especialidad y el conocimiento que sobre el tema en discusión podía tener.

Es así como consideró que en los eventos en los cuales a la víctima le era totalmente imposible aportar la prueba del nexo causal, el administrador de justicia se encontraba en capacidad de hacer un análisis de las pruebas legalmente recaudadas dentro del proceso y partiendo de las reglas de la experiencia, en asocio con la prueba indiciaria, llegaría a una inferencia lógica sobre el nexo causal, entre la conducta del demandado y el daño padecido por el extremo activo.

Ahora bien, el mismo día en el cual fue proferido el fallo de la Dra. Correa, el consejero Mauricio Fajardo Gómez (radicado 15.283) utilizó como argumento para desatar el fallo de segunda instancia -formulado contra el fallo de primera del Tribunal Administrativo del Tolima, haciendo referencia al fallo de fecha 30 de julio de 1992 y al de 10 de febrero de 2000 ya citado-, que, en términos generales, la responsabilidad médica se ha venido tratando bajo el régimen de la falla probada del servicio, pero que a pesar de esto, en los eventos en que la carga probatoria del demandante se hacía en extremo difícil, era al juzgador a quien correspondía decidir a quién le quedaba más fácil aportar las pruebas que versan sobre los fundamentos de hecho.

De tal suerte que consideraba que debía acudir a la carga dinámica de la prueba, en atención a que en ocasiones los temas por debatir conllevaban cierto grado de complejidad científica, por lo que solamente los profesionales en dicha área estaban facultados para llevar al juez a la realidad fáctica. (Correa & Gómez, 2009)

En torno propiamente a la figura de la pérdida de oportunidad, en reciente sentencia del Consejo de Estado (expediente 25.896 de 2013, citando a Luna, 2005), la Corporación apela a esa figura, señalando:

Es innegable indicar que se pueden llegar a 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 indemnizadas.

La discusión sobre esta nueva figura no ha sido pacífica, sin embargo el Consejo de Estado ha manifestado que en procura de resolver de una forma más clara y objetiva los casos allegados a sus despachos, es conveniente tener en cuenta que

la imputación se vale de conceptos sociológicos y filosóficos como el de riesgo y de rol, para controlar y dominar la volatilidad del análisis causal, por lo tanto, el juez debe emplear en la determinación de si un resultado es imputable o no a una determinada conducta, construcciones teóricas como la imputación objetiva que brindan al operador judicial una caja de herramientas a efectos de estudiar, analizar y controlar los cursos causales que son sometidos a su consideración para que sean objeto de decisión judicial, desde la perspectiva de la imputación fáctica. Por ende, criterios como: i) el principio de confianza¹, ii) el riesgo

¹ “El principio de confianza encuentra uno de sus fundamentos en el principio de autorresponsabilidad. La principal consecuencia es la de que el ámbito de responsabilidad de cada uno se limita a su propia

permitido², y iii) la posición de garante³, son algunos de los instrumentos jurídicos con los que se dota, en la actualidad, al juez para que pueda abordar un análisis riguroso en materia de imputación. (Consejo de Estado, 2013, 25 de oct.)

Finalmente, el cierre de la línea jurisprudencial sobre este tema, se enmarca bajo el entendido que la pérdida de la oportunidad debe servir como instrumento para la solución de problemas causales en relación con la atribución o imputación de resultados.

En estos eventos, ante la incertidumbre e imposibilidad de atribuir al cien por ciento el daño irrogado, corresponderá al juez valerse de las pruebas científicas para que a partir de ellas trate de determinar el porcentaje en que se restaron oportunidades de evitar el daño a la persona y, con fundamento en esos márgenes porcentuales, establecer el monto de la indemnización.

En consecuencia,

conducta, y sólo bajo especiales circunstancias se extiende a las actuaciones de otro. Por regla general, cada uno debe orientar su conducta de tal forma que no lesione bienes ajenos; pero no es su deber preocuparse por que los demás observen el mismo comportamiento. En virtud del principio de autorresponsabilidad, generalmente sólo se responde por el hecho propio, mas no por el hecho ajeno.

“En todo contacto social es siempre previsible que otras personas van a defraudar las expectativas que se originan en su rol. No obstante, sería imposible la interacción si el ciudadano tuviese que contar en cada momento con un comportamiento irreglamentario de los demás. Se paralizaría la vida en comunidad si quien interviene en ella debe organizar su conducta esperando que las otras personas no cumplirán con los deberes que les han sido asignados. El mundo está organizado de una forma contraria. Pese a que se presentan frecuentes defraudaciones, quien participa en el tráfico social puede esperar de las otras personas un comportamiento ajustado a sus status; él puede confiar en que los otros participantes desarrollarán sus actividades cumpliendo las expectativas que emanan de la función que le ha sido asignada” (López, 1996, p. 120, 121). Así mismo, se puede consultar la sentencia del Consejo de Estado, con ponencia del magistrado Enrique Gil Botero (2007, 19 de sep., exp. 15382).

² “De esta manera, todo aquel riesgo que permanece aun con el cumplimiento de las normas de cuidado que deben acompañar la ejecución de toda actividad socialmente admitida, recibe la denominación de riesgo permitido... Como postulado general puede entonces decirse que todas aquellas actividades desarrolladas dentro de lo que socialmente se considera un riesgo permitido no pueden dar lugar a reproche jurídico de ninguna naturaleza, aun en el evento de que generen lesiones a particulares...” (Reyes, 2005, p. 92-93)

³ “Por posición de garante debe entenderse aquélla situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho.” (Consejo de Estado, 2007, 4 de oct.; 2007, 4 de dic.; 2008, 20 de feb.)

la pérdida de la oportunidad, además de constituir un perjuicio independiente, se estudia y se define desde la imputación fáctica, 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. (Consejo de Estado, 2013, 25 de oct.)

2.2 Teoría de la pérdida de la oportunidad

En este acápite se presentarán algunas de las definiciones doctrinales y posiciones jurisprudenciales que más eco, trascendencia y alcance han tenido dentro de la cultura jurídica Colombiana sobre la pérdida de oportunidad. De igual forma y a efectos de despejar el problema de investigación, que consiste en determinar en qué casos debe considerarse al Estado, civil y extracontractualmente responsable por aplicación de la teoría de la pérdida del chance, en desarrollo de actividades médicas en la especialidad ginecobstétrica, se mencionarán los requisitos que la jurisprudencia ha emitido y que deben conjugarse con el objeto de que se perfeccione la teoría de la pérdida de la oportunidad como daño indemnizable y autónomo y, por último, se presentará la posición actual del Consejo de Estado sobre la materia.

La pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a

todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta, éste que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial. (Enciclopedia de la Responsabilidad Civil, 1998, p. 207)

Dicha oportunidad perdida constituye, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda faculta a quien lo ha visto salir de su patrimonio para 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 resarcimiento. (Barreiro, citado por Zannoni, 1987, p. 36)

La pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida, y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento. (Zavala, 1990, p. 274)

La pérdida de oportunidad, como rubro autónomo del daño, evidencia que este no siempre supone el quebrantamiento de un derecho subjetivo, pues la sola perspectiva o ilusión probable de recibir u obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente tutelable, cuya afectación otorga derecho a una indemnización o reparación, la cual debe circunscribirse a la extensión del “chance” en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto.

Álvaro Luna Yerga, doctrinante que ha sido estudiado y citado por el Consejo de Estado colombiano, define la pérdida de oportunidad como:

La desaparición de la probabilidad de un evento favorable, siempre y cuando esta oportunidad aparezca suficientemente seria. Cuando

la pérdida de una oportunidad es establecida, constituye un perjuicio indemnizable. Pero este se limita a dicha pérdida; sólo la pérdida de la oportunidad será compensada, y no la totalidad del beneficio que la víctima habría obtenido en caso de que hubiese ocurrido el evento cuya realización ha sido impedida por culpa del deudor. (Luna, 2005)

El Dr. Tamayo Jaramillo, se refiere a la teoría de la pérdida de la oportunidad, en los siguientes términos:

Surge esta teoría en el momento que no se puede allegar prueba del nexo causal entre la omisión y el perjuicio. Igualmente afirma que cuando se da la aplicación de esta teoría, la indemnización se determina con base en el número de probabilidades que tenía la víctima de obtener el beneficio o evitar el perjuicio si el demandado no lo hubiese privado de esa oportunidad. (Tamayo, 2009a)

El Consejo de Estado ha hecho referencia a la teoría de la pérdida de la oportunidad señalando:

para que haya lugar a la reparación no es necesario acreditar que una adecuada prestación del servicio médico asistencial hubiera impedido el daño, porque bastaría con establecer que la falla del servicio le restó al paciente oportunidades de sobrevivir o de curarse. Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado como la “pérdida de una oportunidad”, cuya aplicación, a pesar de la simplicidad en su formulación ofrece grandes dificultades, pues el daño en tales eventos estaría en los límites entre el daño cierto y el eventual, dado que la oportunidad que puede tener un enfermo de recuperar su salud es aleatoria, regularmente difícil de establecer en términos porcentuales. Se destaca que la determinación de la pérdida de la oportunidad no puede ser una mera especulación, es necesario que de manera científica quede establecida cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar su vida, y que esa expectativa real haya sido frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica.

En este aspecto hay que prestar la máxima atención y no resolver como pérdida de oportunidad eventos en los cuales lo que se presentan son dificultades al establecer el nexo causal. (Consejo de Estado, 2011, 7 de jul.)

El Dr. Gil Botero, en su salvamento de voto a la sentencia de octubre de 2008, magistrada ponente Myriam Guerrero de Escobar, señala:

La pérdida de la 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. La figura sólo tiene aplicación en aquellas situaciones en que existe duda o incertidumbre en el nexo causal, de tal forma que el grado de probabilidad oscile en un margen entre el 1 % y el 99 % de que un daño sea el producto de una causa específica.

Anota, además, que lo cierto es que en los sistemas de responsabilidad modernos, el juez no debe tolerar que la falta de delimitación precisa del nexo causal impida la atribución de resultados, como quiera que, para endilgar un resultado desde el plano de las ciencias sociales el elemento causal puede ser insuficiente, motivo por el cual se debe recurrir al concepto de imputación, que bien puede apoyarse en lo que se ha denominado desde la perspectiva naturalística: causalidad preponderante.

Entrando un poco más en el tema de estudio, y en términos más sencillos, es preciso señalar que la pérdida de oportunidad consiste en la frustración de una esperanza. Dicha esperanza está enfocada a la obtención de un desenlace o resultado que pondría a la paciente en una situación más beneficiosa de la que se encontraba o que la llevaría a evitar un menoscabo en su salud. En los eventos de ginecología se echa de menos un actuar más diligente del servicio médico, para que la paciente tratada hubiera preservado su oportunidad de recuperarse o de alcanzar un beneficio.

En ese orden de ideas, no hay certeza de que la mala prestación del servicio sea la consecuencia directa del resultado dañoso que se presentare durante el proceso de gestación, parto o postparto, ya que de existir esa certeza estaríamos ante una falla del servicio con indemnización plena; acá en cambio nos encontramos frente a la pérdida de las probabilidades que tenía la paciente de estar en una mejor situación. Así pues, se habrá extinguido la posibilidad de comprobar si el resultado favorable se habría alcanzado, sencillamente porque la intervención del actuar del ginecobstetra (falla en la prestación del servicio) suprimió las posibilidades en el curso natural de los acontecimientos. Referirnos a pérdida de oportunidad, como decíamos, implica incertidumbre, en tanto es incierto que la paciente se haya recuperado o haya obtenido un beneficio determinado, de haber recibido el tratamiento apropiado en el momento oportuno, sin embargo, lo que sí es claro, es la presencia de una certeza, consistente en que la falla despojó a la paciente de la posibilidad de participar en esas probabilidades.

En este punto surge uno de los interrogantes que más sobresalen en esta teoría, que consiste en determinar si las meras probabilidades tienen mérito indemnizatorio, como quiera que en nuestra legislación nacional esa posibilidad no tiene mucho sustento. En ese punto, como bien lo señala el doctor Tamayo, debe recordarse que

A principios de siglo, la doctrina más ortodoxa atacó la indemnización de la pérdida de una oportunidad, y aun, a veces, del perjuicio virtual, so pretexto de que el daño eventual no era indemnizable. No obstante, no debe perderse de vista el postulado que orienta la interpretación en la responsabilidad civil, según el cual, el responsable debe indemnizar a la víctima, de forma tal, que esta quede en las mismas circunstancias en que se hallaba antes de la acción lesiva. (Tamayo, 2009b)

En ese orden, y atendiendo, como se señalaba, que uno de los principales problemas que surge cuando se analiza la figura de la pérdida de una oportunidad, es establecer cómo se indemnizará el perjuicio ocasionado. Se plantean en particular dos posturas que sobresalen en la doctrina: (a) la indemnización como un daño autónomo y (b) la indemnización del daño sufrido

en una proporción reducida, en consideración al porcentaje de oportunidad perdida.

El Consejo de Estado (2013, 25 de oct.) relaciona las dos posiciones así:

El daño autónomo: según esta corriente, la pérdida de la oportunidad es un perjuicio con identidad propia diferente del perjuicio final. Desde esta perspectiva, la oportunidad en sí misma representa un interés digno de protección. Se trata de un bien distinto a la ventaja final esperada o el perjuicio que se quería evitar, y por eso se le distingue de daños materiales, en sus modalidades de daño emergente y lucro cesante. Esta concepción parte de la base que esa chance u oportunidad puede ser valorada económicamente. Respecto a la naturaleza de ese perjuicio autónomo, asimismo, 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.

Con todo, de acuerdo con este entendimiento 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.).

a. Factor de imputación o instrumento de facilitación probatoria: de acuerdo con este enfoque, la pérdida de oportunidad tiene aplicación cuando no fue posible demostrar un nexo causal directo entre una falla del servicio médico y el daño final que sufrió el paciente, sin embargo, existía una probabilidad significativa de que el resultado dañoso no se hubiera presentado de haber mediado una atención médica oportuna y adecuada. Autores como Luna Yerga, en este sentido, han sostenido: “Históricamente, la doctrina de la pérdida de oportunidad se explica

por la dificultad de la prueba del nexo causal en la responsabilidad civil médico-sanitaria y por la injusticia que supone negar toda clase de reparación en casos como los descritos. Además se afirma, parece verosímil que exista algún tipo de contribución causal en la producción del daño, de ahí que se defienda la necesidad de imponer alguna clase de responsabilidad a la parte demandada, cuanto menos en los casos en que la oportunidad perdida fuera significativa, para prevenir la repetición de comportamientos similares en el futuro.” (Luna, 2005, citado por Consejo de Estado, 2013, 25 de oct.)

Este enfoque busca dar una garantía de reparación a la víctima quien se encuentra en una posición de dificultad probatoria, en especial en los eventos médicos, al carecer de los conocimientos de la ciencia médica para demostrar que la negligencia ha sido la causa del daño.

En este orden, la diferencia de este entendimiento con los eventos de falla del servicio en los que se puede demostrar de forma fehaciente la causalidad entre la falla y el resultado, es que la indemnización se concede de forma parcial o proporcional. En otras palabras, el límite de la indemnización estará sometido a la oportunidad perdida, en relación con la ventaja esperada, y sin admitir que el solo chance constituya un daño independiente. Sobre esto, la doctrina citada sostiene:

Sentado el límite, para concretar la indemnización, la inmensa mayoría de los especialistas que se han ocupado del tema señala que hay que proyectar el nivel de probabilidad de que la víctima hubiera obtenido la ventaja apetecida sobre el valor del daño final. Se adopta como parámetro de referencia el valor económico de la utilidad pretendida y, a tal efecto, se fija el *quantum* mediante un coeficiente de reducción que depende del grado de probabilidad con que se contaba para obtener la ventaja, si no se hubiera privado al sujeto considerado de la oportunidad de que gozaba. Así pues, indemnizar la oportunidad perdida no es más que restar de la estimación pecuniaria del daño final el margen de incertidumbre respecto a su enlace causal con la conducta del agente dañoso. Por eso se dice que ‘la incertidumbre del resultado se refleja en el valor económico de la posibilidad perdida.

La doctrina de la pérdida de oportunidad es, pues, esencialmente, un cálculo de probabilidad. La teoría se basa en él, tanto para

determinar la existencia del daño como para cuantificarlo. Establece, en resumen, una especie de regla de indemnización o responsabilidad proporcional, fraccional, parcial o probabilística que, desde luego, no es ajena al sistema español de responsabilidad civil, que, en otros ámbitos, acude a ella para resolver problemas igualmente ligados al nexo de causalidad. Me refiero, fundamentalmente, a las establecidas en el marco de las doctrinas de la culpa de la víctima, la intervención de tercero, la fuerza mayor concurrente y el daño causado por miembro indeterminado de grupo. También a la teoría de la responsabilidad por cuota de mercado que, aplicada por algunos Tribunales norteamericanos, ha sido estudiada por la doctrina civil española”. (Medina, citado por el Consejo de Estado, 2013, 25 de oct.)

Así las cosas, el juez deberá tener siempre presente que es la dimensión de la oportunidad perdida con ocasión de la actividad médica del ginecobstetra, lo que debe ser indemnizado por el Estado. La dificultad que implica determinar el *quantum* indemnizable, deberá estar sometida a la estadística y elementos científicos de la rama, para establecer así cuál era la posibilidad real de la paciente de recuperar la salud, preservar su vida o tener un beneficio determinado, y que esa expectativa real haya sido eliminada por la acción u omisión culposa del médico tratante.

En ese orden de ideas, la valoración será una labor de apreciación judicial que puede ser soportada por peritajes que ayuden a determinar la magnitud de esa oportunidad perdida. Así las cosas, el juez debe sentenciar al pago de un perjuicio proporcional a la pérdida de dicha oportunidad, la cual deberá, de todas maneras, probarse dentro del proceso.

Ahora bien, es pertinente describir los requisitos que la jurisprudencia ha emitido y que deben conjugarse con el objeto de que se perfeccione la teoría de la pérdida de la oportunidad como daño indemnizable. Se exponen las sentencias del Consejo de Estado (2011, 25 de ago.; 2008, 26 de mar.), en sus términos:

(i) Que la entidad obligada a brindar el servicio médico requerido incurrió 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 la Sala, la responsabilidad patrimonial por la falla médica involucra no sólo el acto médico propiamente dicho, que se refiere a la intervención del profesional en sus distintos momentos y comprende particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas, sino que también se refiere a todas aquellas actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención profesional, que operan desde el momento en que la persona asiste o es llevada a un centro médico estatal, hasta que culmina su demanda del servicio, actividades que están a cargo del personal paramédico o administrativo.

(ii) Que la persona que demandó el servicio médico tenía serias probabilidades de recuperar o mejorar su estado de salud, con una adecuada y oportuna intervención médica, porque el daño, en este tipo de eventos no es la muerte, la invalidez, la incapacidad, sino la frustración de la probabilidad de conservar la vida o recuperar la salud, si se hubiera prestado al paciente un tratamiento oportuno y adecuado.

(iii) Que la falla del servicio médico frustró esa probabilidad. Debe quedar establecido el nexo causal entre la falla médica y la pérdida de la oportunidad que tenía el paciente de curarse, porque si se establece que la causa del daño fue la condición misma del estado del paciente y no la omisión o error médico, no hay lugar a considerar que existió pérdida de oportunidad. Por eso, la Sala viene insistiendo de manera reciente en que la pérdida de oportunidad no es un sucedáneo para la solución de los problemas que surjan en relación con la demostración del nexo causal.

(iv) El monto de la indemnización estará determinado por las posibilidades concretas que en términos porcentuales podía tener la persona de recuperar o mejorar su salud.

En conclusión,

(...) una hipótesis de pérdida de chance puede plantearse cuando haya dejado de demostrarse la causalidad física o, lo que es lo mismo, cuando no se haya acreditado que el hecho ilícito fue condición necesaria de la pérdida del beneficio esperado. Esta

apreciación es de orden fáctico y se llega a ella aplicando las reglas y estándares probatorios que impone el Derecho procesal y el Derecho de la responsabilidad civil. La cuestión de la presencia o ausencia de la causalidad (y, por ende, la de la pérdida de oportunidad) se traslada así, básicamente, a la teoría general del conocimiento judicial o de la valoración de la prueba, que es la que escudriña los criterios con que apreciar la certeza de un hecho que ha podido acaecer efectivamente (hecho real) o que habría podido acaecer en otras circunstancias (hecho hipotético). (Medina, 2007)

Frente a la descrita conceptualización de la pérdida de oportunidad como una modalidad del daño provista de las antedichas singularidades, también se ha caracterizado la figura en comento como una técnica de facilitación probatoria respecto de la causalidad, en tanto elemento de cuya concurrencia se precisa en el juicio de responsabilidad, por entender que la operatividad de la mencionada noción de pérdida de chance permite corregir el desequilibrio en el cual, en algunas ocasiones, se encuentra la víctima, dadas las dificultades probatorias a las que debe hacer frente y que la ubican

en una situación de desigualdad respecto del agente porque carece de conocimientos y medios para apreciar si hubo o no causalidad, de suerte que la noción de pérdida de oportunidad, entra en juego, habilitando un resarcimiento, cuando se tiene, no la certeza jurídica de que un sujeto ha privado de un beneficio a un sujeto, pero sí una fuerte intuición, sospecha o certeza moral de que lo hizo; desde esta perspectiva, la pérdida de oportunidad se constituye en una técnica a utilizar en eventos en los cuales existe incertidumbre causal, por manera que ... garantiza una indemnización a la víctima cuando no puede acreditarse que la pérdida de una determinada ventaja entronca derechamente con el hecho ilícito, si las posibilidades 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 sólo posible o probable, pero no cierta o segura. (Medina, 2007)

Pero, continuando con el daño autónomo, posición actual, la sentencia del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.

C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 18593, 2010. trazó los requisitos de procedencia de la pérdida de oportunidad como daño autónomo, así:

(i) Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio, lo cual significa que esta modalidad de daño da lugar a un resarcimiento a pesar de que el bien lesionado no tiene la entidad de un derecho subjetivo —pues se trata de un mero interés legítimo, de la frustración de una expectativa, sin que ello suponga que se trata de un daño puramente eventual—, siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente” de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes.

(ii) Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento, vale decir, la probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en indebida; lo expuesto se antoja lógico en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el “chance” aún no estaría perdido y nada habría por indemnizar; por tanto, si bien se mantiene la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir la ganancia o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido definitivamente del patrimonio —material o inmaterial— del individuo porque dichos resultados ya no podrán ser alcanzados jamás.

Tal circunstancia es la que permite diferenciar la pérdida de oportunidad del ‘lucro cesante’ como rubros diversos del daño, pues mientras que la primera constituye una pérdida de ganancia probable —dado que, según se ha visto, por su virtud habrán de indemnizarse las expectativas legítimas y fundadas de obtener unos beneficios o de evitar una pérdida que por razón del hecho dañoso nunca se sabrá si habrían de conseguirse, o no—, el segundo implica una pérdida de ganancia cierta —se dejan de percibir unos ingresos que ya se tenían. (Henaó, 1998, p. 159-160)

(iii) **La víctima debe encontrarse en una *situación potencialmente apta para pretender la consecución del***

resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba, posición jurídica que “no existe cuando quien se pretende damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida” (Zannoni, 1987, p. 110-111)

Continuando, y como bien lo resume la sentencia del Consejo de Estado (2013, 25 de oct.), se consolida la tesis del daño autónomo, en los siguientes términos:

A juicio de la Sala, el panorama expuesto permite concluir que la noción de pérdida de oportunidad no puede constituirse en un mecanismo que posibilite la declaración de responsabilidad del demandado en ausencia de acreditación del vínculo causal entre el hecho dañino y la ventaja inexorablemente frustrada o el detrimento indefectiblemente sufrido por la víctima, de suerte que se condene -con apoyo en la figura en cuestión- a reparar la totalidad del provecho que ya no podrá obtenerse por el perjudicado a pesar de no haber sido establecida la causalidad.

Ahora bien, en torno a la manera como estas situaciones deben ser indemnizadas, el doctor Gil Botero resume lo señalado por la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, consejero ponente, Mauricio Fajardo Gómez (exp. 18593), 2010, así:

Por cuanto tiene que ver con la cuantificación de la indemnización a la cual debe dar lugar el reconocimiento de la pérdida de una oportunidad, no está de más reiterar que lo resarcible por este concepto es esa oportunidad misma y no el total de la ganancia o provecho perdido o del detrimento que se pretendía evitar; el objeto de la indemnización es una probabilidad y la adecuada compensación por la pérdida de la misma se corresponde con la apreciación en dinero del porcentaje de posibilidades de que la oportunidad respectiva se hubiere concretado.

En consecuencia, 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.

Nótese que el aparte reseñado descarta el reconocimiento total de la ventaja a la que se aspiraba o del perjuicio que no pudo ser evitado, pues considera que la oportunidad desaparecida entraña un valor en sí mismo, aunque inferior al resultado final. A continuación, se afirmó que el cálculo de esas probabilidades perdidas debía realizarse en función de recursos estadísticos y probabilidades matemáticas. (Consejo de Estado, 2013, 25 de oct.)

Es preciso destacar que la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha enmarcado la mayor parte de los avances de la teoría de la pérdida de oportunidad, siguiendo la línea que se evidencia en otras latitudes en el derecho de daños, particularmente, en el ámbito de la responsabilidad médica. Precisamente en ese entorno sobresale la combinación de ingredientes de certeza y de incertidumbre, que entraña su clara proximidad con la denominada causalidad probabilística; así como la distinción entre la relación causal del hecho dañino, con la utilidad o ventaja perdida; o con el detrimento a la postre padecido por la víctima, de un lado, con la desaparición de la probabilidad de alcanzar dicho provecho o de evitar el deterioro patrimonial, de otro, como formas de daño claramente diferenciables.

Finalmente, la posición más reciente del Consejo de Estado sobre esta figura, se plasma en la sentencia del 25 de octubre de 2013, magistrado ponente,

Enrique Gil Botero, en la que, en síntesis, se concluye que la pérdida de oportunidad debe ser resarcida como un perjuicio autónomo e independiente del daño final. Sostiene que esta se genera bajo los lineamientos propios de una falla en el servicio, la cual suprime la probabilidad que hubiera podido tener la víctima de padecer una afectación o daño menor al que finalmente se produjo.

Ilustra que la pérdida de oportunidad aparece cuando es imposible demostrar un nexo causal entre el daño padecido por la víctima y la actuación de la Administración. De igual forma, precisa que ante la imposibilidad de imputar a la administración el cien por ciento del daño, se torna imperioso que el administrador de justicia haga un estudio y análisis estadístico y, a partir del acervo probatorio existente, determine el porcentaje en el cual el afectado restó sus probabilidades de salir mejor librado de los hechos que envuelven el caso.

Conclusiones

Durante el desarrollo de este trabajo, se ha procurado hacer una aproximación a uno de los temas que más polémica ha generado en el entorno de la responsabilidad médica en Colombia, referente a la aplicabilidad de la teoría de la pérdida de oportunidad como presupuesto para declarar responsable al Estado en desarrollo de actividades médicas en la especialidad ginecobstétrica.

En ese orden de ideas, el sistema jurídico colombiano, como la mayor parte de estructuras jurídicas modernas del mundo, ha considerado necesario proteger el armazón sobre el cual se estructura el orden social, que consiste en hacer efectiva la obligación de responder por los daños causados y de reparar cuando en ejercicio de funciones legales y constitucionales, el Estado termine vulnerando los derechos de sus administrados.

Desde hace varios años, el Consejo de Estado ha aplicado la teoría de la pérdida de la oportunidad, tratando de darle respuesta a la dificultad que implica estimar la certeza de un perjuicio cuando no es posible acreditar el

nexo de causalidad entre el comportamiento o actividad del médico ginecologista y el daño sufrido por la paciente.

Bajo esa mirada, el nacimiento de esta teoría en materia médica es consecuencia de la búsqueda de la equidad y la justicia, en la medida que repugna dejar a un lado muchas situaciones fácticas merecedoras de ser indemnizadas, bajo la premisa doctrinal inflexible del nexo de causalidad del todo o nada.

De esta manera, la figura de la pérdida de oportunidad propicia la tarea de los afectados para probar el nexo de causalidad entre la culpa y el hecho; pero el juez sólo estará en la capacidad de reconocer una indemnización de acuerdo con el número de probabilidades que tenía la madre o el bebé de obtener un beneficio.

Así pues, lo resarcible es esa oportunidad misma y no el total de la utilidad perdida o del menoscabo que se pretendía evitar; el objeto de la reparación es una posibilidad o probabilidad, y el apropiado resarcimiento por la pérdida de la misma deberá corresponderse con la estimación en dinero del porcentaje de probabilidades de que la oportunidad respectiva se hubiese perfeccionado. Todo lo anterior en función de los recursos probatorios, estadísticos y matemáticos del caso.

Bien, una vez hechas las consideraciones preliminares sobre el tema, es preciso pasar a las conclusiones esenciales, a saber:

- La responsabilidad civil y extracontractual, bajo el marco de la pérdida de la oportunidad –en la especialidad médica de la ginecología-, podrá endilgársele al Estado cuando una falla del servicio médico ha mermado o eliminado una oportunidad cierta y razonable de alcanzar un desenlace o resultado beneficioso o de evitar un menoscabo; fallando en consecuencia contra al Estado, pero no por el daño final, sino por la oportunidad perdida, la cual será valorada económicamente atendiendo los elementos probatorios

existentes y la coyuntura propia de los hechos. Así las cosas, se indemnizará a través de sumas genéricas por un rubro denominado “pérdida de oportunidad”, herramienta jurídica que deberá entenderse como un daño autónomo, diferente e independiente del daño final.

- Al momento de pretender imputar responsabilidad al Estado bajo la figura de la pérdida de oportunidad, es preciso reconocer sus límites; así, en el evento que la oportunidad perdida esté sentada sobre posibilidades muy vagas y genéricas, se estará en presencia de un daño meramente hipotético o eventual, que, de contera, no resultará indemnizable. Así mismo, es perentorio tener claro que lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o la pérdida que se pretendía evitar

- En materia de responsabilidad ginecobstétrica, es posible demandar al Estado por el daño pasivo o activo. Puesto que la materna estaría sufriendo un daño pasivo de acuerdo con la teoría de la pérdida de la oportunidad, porque dicho daño es causado por error u omisión en el tratamiento, mas no se estaría frente a un daño activo, el cual se presenta por la acción directa del galeno. Sin embargo, como se señala, cualquiera de los daños causados a la materna o al nasciturus, son antijurídicos, que de acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Política, deben ser reparados

- La pérdida de la oportunidad se constituye en una herramienta jurídica que con el objeto servir de sustento para imputar responsabilidad al Estado, permite definir problemas de imputación, particularmente, en aquellas circunstancias en que no se encuentra prueba suficiente del nexo causal que precisa una determinada relación causa–efecto. Por tanto, el análisis de la pérdida de oportunidad debe efectuarse bajo la premisa de la imputación fáctica.

- La pérdida de oportunidad en ginecobstetricia, como instrumento para declarar civil y extracontractualmente responsable al Estado, es aplicable en aquellos eventos en los que existe duda o incertidumbre en relación con el nexo causal; de tal forma que el grado de probabilidad varíe en un margen entre el 1 % y el 99 % de que el daño producido sea la consecuencia de una causa determinada imputable al personal médico estatal, siempre que el

porcentaje, independiente del *quantum*, se erija como una oportunidad sustancial de obtener un resultado más favorable.

- En la medida que no existe certidumbre de la causalidad absoluta en materia ginecobstétrica, la oportunidad perdida se indemnizará proporcionalmente al porcentaje que se le restó a la paciente de obtener un beneficio.

- Considerando que el análisis de esta figura se realiza con ocasión del estudio del nexo de causalidad como premisa de la imputación fáctica, la función del juez consistirá en apoyarse en las pruebas científicas, estadísticas y técnicas que concurren en el proceso y, de esta manera, aproximarse al porcentaje de probabilidad sobre el cual se debe fijar y determinar el grado de la pérdida de la oportunidad de recuperación y, consecuentemente, el impacto de tal valor en el monto por indemnizar, en tanto no es de recibo que el menoscabo o perjuicio sea total ante la ausencia de certidumbre.

- Aunque la pérdida de una oportunidad no sea completamente atribuible a la Administración, porque la paciente recibió el tratamiento adecuado, es factible que se den los presupuestos de imputabilidad por pérdida de oportunidad, debido a las demoras en la atención a esta.

- A fin de cuantificar el monto por indemnizar, y en atención a la dificultad que entraña determinar el perjuicio causado en materia ginecobstétrica, es preciso señalar que la valoración de dicho perjuicio, deberá ceñirse a la coyuntura especial que envuelva cada caso, teniendo en cuenta eso sí, las expectativas que se tengan hacia el futuro, en relación con la consecución del beneficio. No debe obviarse la información suministrada por la estadística, y es perentorio tener claro que lo indemnizable es el quebranto de no obtener un beneficio.

- En caso de que no existan criterios técnicos o científicos para consolidar el porcentaje que representa la oportunidad perdida frente al daño soportado, el operador judicial se verá compelido a recurrir a la equidad y a la reparación integral, en los términos del artículo 16 de la ley 446 de 1998, analizando y dando valor a los elementos probatorios que obren en el proceso, para, a partir

de allí, determinar el valor aproximado a que asciende el costo de aquélla, valor este que facilitará la adopción de la liquidación de perjuicios.

Referencias

Cano, M.P. (2010). *Circular Informativa. Argumentos de defensa frente a la responsabilidad médica*. Cali, Colombia: Alcaldía de Santiago de Cali.

Castro A. M. & Gil, G. T. (2000). *Responsabilidad civil extracontractual del Estado y de sus funcionarios*. Bogotá: Universidad de La Sabana.

Consejo de Estado. (1989, 30 de jun.). *Sentencia*. Exp. 5225.

Consejo de Estado. (1990, 24 de oct.). *Sentencia*. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Gustavo de Greiff Restrepo.

Consejo de Estado. (1990, 24 de oct.). *Sentencia*. M. P. Gustavo de Greiff Restrepo.

Consejo de Estado. (1990, 30 de mar.). *Sentencia n° 3510*. Sección Tercera.

Consejo de Estado. (1996, 22 de mayo). *Sentencia*. C.P. Jesús María Jaramillo Ballesteros.

Consejo de Estado. (1998, 5 de feb.). *Sentencia*. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C. P. Jesús María Carrillo Balletero.

Consejo de Estado. (2000, 17 de ago.). *Sentencia*. Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado. (2000, 10 de feb.). *Sentencia*. Sección Tercera.

Consejo de Estado. (2000, 17 de agosto). *Sentencia*. Sección Tercera, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

Consejo de Estado. (2004, 14 de dic.). *Sentencia*. M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado. (2004, 1 de jul.). *Sentencia*. M.P. Alier Hernández Enríquez.

Consejo de Estado. (2005, 28 de abr.). *Sentencia*. Sala Contenciosa Administrativa, Sección Tercera, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado. (2006, 11 de mayo). *Sentencia*. Sección Tercera C. P. Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado. (2006, 31 de ago.). *Sentencia*. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado. (2007, 19 de sep.). *Sentencia*. Exp. 15382, M.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado. (2007, 4 de oct.). *Sentencia*. Sección Tercera. Exp. 16894.

Consejo de Estado. (2007, 4 de dic.). *Sentencia*. Sección Tercera. Exp.15567.

Consejo de Estado. (2008, 20 de feb.). *Sentencia*. Sección Tercera. Exp. 16996.

Consejo de Estado. (2008, 15 de octubre). *Salvamento de voto*. Magistrado Enrique Gil Botero, a la sentencia de la Sección Tercera, M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

Consejo de Estado. (2008, 26 de mar.). *Sentencia*. M.P. Ruth Stella Correa.

Consejo de Estado. (2008, 26 de mar.). *Sentencia*. C. P. R. Correa Palacio.

Consejo de Estado. (2009, 19 de ago.). *Sentencia*. C.P. Eduardo Gil Botero.

Consejo de Estado. (2011, 7 de jul.). *Sentencia*. Sección Tercera, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado. (2011). *Sentencia*. Sección Tercera. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado. (2011, 25 de ago.). *Sentencia*. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado. (2013, 25 de oct.). *Sentencia*. Sección Tercera, M. P. Enrique Gil Botero.

Correa, O.P. & Gómez, A.M. (2009). *Responsabilidad médica, jurisprudencia y doctrina*. Bogotá: Universidad de La Sabana, Instituto de Posgrados.

Corte Suprema de Justicia. (1994, 12 de jul.). *Sentencia*. Exp. 3656.

Corte Suprema de Justicia. (2001, 30 de ene.). *Sentencia*. Exp. 5507.

Corte Suprema de Justicia. (2002, 11 de sep.). *Sentencia*. Exp. 6430.

Corte Suprema de Justicia. (2011). *Sentencia*. Sala de Casación Civil, M. P. William Namén Vargas.

- Daza, N. L. (2009). Responsabilidad extracontractual del Estado por daños causados a las madres gestantes o post-parto en desarrollo de la actividad médica. En *II Encuentro de semilleros de investigación del nodo centro*. Colombia.
- De Greiff, G. (1999, oct.). Aplicación de la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano a la prestación del servicio público de salud. En *Ensayo aumentado y corregido de la intervención en el Seminario Internacional sobre Responsabilidad Patrimonial del Estado*, celebrado en Ciudad de México.
- De las Heras y Ojeda, M. (2007, 25 de jul.). *Responsabilidad: el derecho español y comunitario*. Sevilla: Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla.
- Enciclopedia de la Responsabilidad Civil. (1998). *El concepto de pérdida del chance*. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Gil, E. (2008, dic.). *Responsabilidad del Estado por la muerte en el parto*. Bogotá.
- Henao, J. C. (1998). *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- López, C. (1996). *Introducción a la imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Luna, A. (2005, mayo). Oportunidades Perdidas. *Revista para el Análisis del Derecho INDRET*, (288).
- Medina, L. (2007). *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Madrid: Thomson-Civitas.
- Melloni. (1995). *Diccionario médico ilustrado*. T. IV. Buenos Aires: Anejo
- Pritchard, J. A. & Mac Donald, P. C. (1986). *Obstetricia –William*. (2ª ed.). Barcelona: Salvat.
- Real Academia Española RAE. (1994). *Diccionario de la lengua española*, (21 ed.). Madrid: Espasa Calpe.
- Reyes, Y. (2005). *Imputación Objetiva*. Bogotá: Temis.

- Ruiz, W. (2004). La responsabilidad médica en Colombia. *Revista de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali, Criterio Jurídico*, 4,195-216.
- Serrano, L. G. (2001). *Nuevos conceptos de responsabilidad médica*. Bogotá: Doctrina y Ley, 147 p.
- Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación. (2008). Recuperado de <http://gruposcare.org.co/scare/ScarePlan1.aspx?ID=141>
- Tamayo, J. (2009a). *Tratado de responsabilidad civil*. Tomo II. Bogotá: Legis.
- Tamayo, J. (2009b). *De la responsabilidad civil. De los perjuicios y su indemnización*. Tomo IV. Bogotá: Legis.
- Vásquez, R. (2002). *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Zannoni, E. (1987). *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea.
- Zavala, M. (1990). *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*. Buenos Aires: Hammurabi.