

**LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL
MÉDICA, ¿UN DAÑO INDEMNIZABLE EN COLOMBIA?**

LAURA CEBALLOS KLINKERT

Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar por el título de
Abogado

Asesora: LAURA CASTAÑO ECHEVERRI
ABOGADA ESPECIALISTA EN DERECHO CONTRACTUAL Y RELACIONES
JURÍDICO NEGOCIALES

UNIVERSIDAD EAFIT
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLÍN
2016

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Medellín, 27 de abril de 2016.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	5
1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN COLOMBIA	6
1.1. NOCIÓN.....	6
1.1.1 ¿Qué es la responsabilidad civil médica?	6
1.1.2 El acto médico.....	7
1.2. ELEMENTOS O SUPUESTOS DE HECHO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.....	10
1.2.1 Hecho generador imputable.....	13
1.2.1.1 Sistema subjetivo.....	16
1.2.1.2 Sistema objetivo.....	18
1.2.2 Daño y perjuicio.....	22
1.2.2.1 La problemática distinción entre daño y perjuicio.....	24
1.2.2.2 Clasificación del daño y del perjuicio.....	27
1.2.3 Nexo causal.....	29
1.3. CONSECUENCIA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA	32
2. PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA	35
2.1. NOCIÓN Y UBICACIÓN DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN LOS SUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.....	36
2.1.1 Generalidades.....	36
2.1.2 Definición.....	36
2.1.3 Elementos.....	38

2.1.4 ¿Un asunto de daño o de causalidad?.....	40
2.1.5 La pérdida de la oportunidad y la distinción entre daño y perjuicio.	46
2.1.6 Trasposición de la teoría de la pérdida de la oportunidad a la responsabilidad médica en particular.	51
2.2. PROBLEMAS TEÓRICOS Y PRÁCTICOS DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN MATERIA MÉDICA.....	55
2.2.1. Problema de identificación.	55
•El problema de la identificación del daño	55
•Los eventos de la pérdida del derecho de opción de la víctima	58
•Porcentajes mínimos de oportunidades perdidas.....	60
•Diferencia entre pérdida de la oportunidad y lucro cesante.....	65
•Conclusiones	68
2.2.2 Problema de la cuantificación del perjuicio indemnizable.	69
•En la búsqueda de un criterio de cuantificación.	69
•Consideración especial frente a los perjuicios extrapatrimoniales.	74
2.2.3 Problema de congruencia.	75
•El principio de congruencia y la pretensión procesal.....	76
3. CONCLUSIONES.....	86
4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	92

RESUMEN

La pérdida de la oportunidad es una figura importada por el ordenamiento jurídico colombiano, de países como Francia y Estados Unidos, que ha permitido imputar responsabilidad civil aún en aquellos casos en los que no hay un vínculo causal claro entre la conducta culposa desplegada por el agente y el daño sufrido por la víctima. Es plenamente aplicable a la responsabilidad civil médica, en la que se exigen los supuestos generales de la responsabilidad civil, esto es, un daño, un hecho generador imputable y un nexo causal entre ambos. Sin embargo, puede llegar a confundirse con un mecanismo para suplir la ausencia de nexo causal, desvirtuando así la teoría general de la responsabilidad civil. La pérdida de la oportunidad debe entenderse como un daño, que en ocasiones puede ser el perjuicio si se parte de la distinción entre los conceptos, y que tiene un nexo causal propio con la conducta reprochable.

Su aplicación no es pacífica y no hay un consenso acerca de la forma de entenderla ni de abordar las problemáticas que de ella se desprenden, tales como: cómo identificar que se está ante una pérdida de oportunidad, para lo cual habrá de analizarse cuál es el daño causado en el caso concreto, habrá que identificar si se trataba del simple derecho de opción y si se perdió una oportunidad real y cierta; cómo cuantificar los perjuicios indemnizables teniendo en cuenta que el daño es la oportunidad perdida; y el problema de la congruencia y la afectación al debido proceso cuando el juez falla de oficio con fundamento en la pérdida de la oportunidad. En su momento se tomará partido acerca de cómo resolver los problemas aquí enunciados.

PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD, RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA, DAÑO,
PERJUICIO, NEXO CAUSAL, HECHO GENERADOR IMPUTABLE, OBLIGACIÓN
DE REPARAR, CONGRUENCIA.

INTRODUCCIÓN

Ante una prestación de servicios de salud negligente, imprudente, imperita, contraria a los parámetros establecidos por la *lex artis*, que causa un daño a otro, puede, eventualmente, configurarse la responsabilidad civil médica. Sin embargo, debido a la incertidumbre que muchas veces se presenta acerca de los resultados que se habrían obtenido bajo circunstancias diferentes, no siempre es posible establecer un nexo causal jurídicamente relevante entre el hecho generador imputable y el daño y perjuicio reclamado. Pese a lo anterior, no en pocas ocasiones sí es posible determinar la existencia de un daño cierto: la pérdida de la oportunidad de haber obtenido un provecho o de haber evitado un daño si se hubiera desplegado una conducta diferente, no culposa. ¿Se pretende atribuir responsabilidad en todos los casos de incertidumbre causal, o la pérdida de oportunidad se analiza como un daño autónomo?

En el presente trabajo, en un primer capítulo, se abordará la responsabilidad civil médica a grandes rasgos, haciendo referencia al hecho generador imputable, al daño (y perjuicio) y al nexo causal entre ambos, como supuestos de hecho de la responsabilidad civil, cuya consecuencia jurídica es que, de concurrir, se radica en el responsable la obligación de reparar a la víctima.

Lo anterior, con la finalidad de, en el segundo capítulo, ubicar la figura de la pérdida de la oportunidad en la teoría general de la responsabilidad civil médica, identificando algunos de sus problemas teóricos y prácticos y señalando posibles formas de solucionarlos sin quebrantar la seguridad jurídica, el principio de reparación integral y el de la congruencia judicial. Dichas soluciones se propondrán a partir del análisis de las normas aplicables, de la jurisprudencia y doctrina en la materia, que dará las bases teóricas y argumentativas para hacerlo. Finalmente se consignarán las conclusiones de todo lo expuesto en precedencia.

1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN COLOMBIA

1.1. NOCIÓN

1.1.1 ¿Qué es la responsabilidad civil médica? La responsabilidad civil ha sido definida por muchos autores a lo largo de la historia. Así, Javier Tamayo Jaramillo la define como: “(...) la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, producidos a terceros. Como se ha dicho, ese comportamiento ilícito consiste en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, el incumplimiento de las obligaciones legales o cuasicontractuales, el delito, el cuasidelito, o la violación del deber general de prudencia”.¹

Por su parte, Jorge Santos Ballesteros, considera que la responsabilidad civil “consiste en reparar el daño que se ocasione a otra persona en relación causal con el incumplimiento de un deber jurídico sin causa que lo justifique”.²

De otro lado, René Savatier la entiende como “la obligación que le incumbe a una persona de reparar el daño causado a otro por su hecho, o por el hecho de personas o cosas que dependen de ella”.³

Podrían citarse muchos más autores y pese a las sutiles diferencias en las definiciones, en general se acepta que la responsabilidad civil es una institución

¹ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. 2 ed. Bogotá: Legis Editores, 2007. P. 8. Tomo I. ISBN 978-958-653-559-5.

² SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Instituciones de responsabilidad civil. Colección profesores. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1996. P. 35. ISBN 958-9176-98-4.

³ SAVATIER, René. Traité de responsabilité civile en droit français. 2 ed. París. P. 1, Tome I. Citado por: YEPES RESTREPO, Sergio. La Responsabilidad Civil Médica. 5 ed. Medellín: Biblioteca jurídica DIKÉ, 2002. P. 43. ISBN 958-9276-29-6.

jurídica en virtud de la cual un sujeto, denominado responsable, está obligado a reparar el daño causado a un tercero, denominado víctima.

Dicha institución admite clasificaciones. Así, hay responsabilidad contractual y extracontractual, responsabilidades especiales como la de mercado y la profesional, responsabilidad por daños ambientales, entre otras.

Las responsabilidades profesionales hacen referencia a la responsabilidad que se imputa a quienes ejercen ciertas profesiones, tales como la construcción, la administración y la medicina. Se justifica la existencia de un régimen especial para profesiones como las mencionadas en la medida en que, en estos campos tan específicos, el sistema general de responsabilidad civil amerita un análisis propio, que permita resolver todas las particularidades que se pueden presentar, sin dejar de un lado los principios generales del derecho.

1.1.2 El acto médico. Para realizar un acercamiento un poco más profundo a la responsabilidad civil médica, es necesario hacer referencia a lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado el acto médico. En este, se concreta la relación médico-paciente, como un tipo de relación especial en atención a los sujetos y al objeto, que se configura independientemente de la existencia o no de un contrato.

Cuatro características principales distinguen el acto médico:

La profesionalidad, pues solamente el profesional de la medicina puede efectuar un acto médico. La ejecución típica, es decir, su ejecución conforme a la denominada “Lex Artis Ad Hoc”, sujeta a las normas de excelencia de ese momento. El tener por objetivo la curación o rehabilitación del enfermo y la licitud, o sea su concordancia con las normas legales.⁴

⁴ GUZMÁN MORA, Fernando et al. De la responsabilidad civil médica. Medellín: Biblioteca Jurídica DIKÉ, 1995. P. 8. ISBN 958-9421-12-1.

Habría que matizar un poco la tercera característica enunciada, pues el objetivo del acto médico puede extenderse a áreas diferentes, tales como las experimentales o las puramente estéticas. En tales casos, aunque el paciente no tenga ninguna patología, también se está ante un acto médico susceptible de valorarse como fundamento de una responsabilidad civil médica.

Por su parte, Carlos Ignacio Jaramillo⁵, también señala cuatro características del acto médico. Indica que este: i) hace alusión a un conjunto de acciones en sentido amplio; ii) es ejecutado por el galeno en el ejercicio de su profesión; iii) requiere de la profesionalidad y iv) persigue un fin altruista como lo es preservar la vida y la integridad.

Independientemente de las excepciones, el acto médico como un conjunto, por regla general, persigue la curación como fin deseado. Sin embargo, dicho acto puede fragmentarse en etapas, interrelacionadas entre sí y no siempre claramente identificables. Estas, en algunas ocasiones, permiten un análisis independiente y diferente al de las demás.

Así, una primera etapa sería la del denominado triage, en la que se hace un análisis previo del paciente y una clasificación inicial; luego se hace el diagnóstico, etapa en la cual se realizan todos los exámenes y se practican todas las ayudas y actos tendientes a intentar descubrir la patología sufrida por el paciente; una vez identificada la patología, se elige y prescribe el tratamiento cuya finalidad es la de curar al paciente, o en su defecto aliviar su malestar; luego, se ejecuta dicho tratamiento; se vigila la evolución del mismo; y finalmente, al paciente se le da de alta, continuando con la vigilancia de la recuperación hasta establecer el estado final del paciente y de su patología. Estas etapas deberán tenerse en cuenta,

⁵ JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica. Colección ensayos No. 11. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2011. P. 57-60. ISBN 978-958-716-381-0.

especialmente, al momento de analizar la pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil médica, a fin de identificar si esta se ubica necesariamente en una de ellas o si puede ubicarse en cualquiera o en todas ellas.

Es claro entonces que esta responsabilidad va dirigida a un grupo específico de personas: los profesionales en materia médica. Sin embargo, vale la pena preguntarse ¿qué determina la calidad de profesional? Al respecto, la profesora Alma Ariza considera que:

La calidad de profesional, entonces, debe determinarse por la capacitación de un individuo que desarrolla de manera habitual una actividad, bien por los estudios que ha realizado o porque la ha adquirido a través de la experiencia. En uno y otro caso, el régimen de responsabilidad profesional sería igualmente aplicable sin distinción. Remunerar el oficio no resulta un elemento esencial de la definición de profesional, pese a que ciertamente sí constituirá un elemento que permita menguar el grado de exigencia en la conducta adelantada.⁶

Por su parte, la denominada *lex artis*, a la que se hizo referencia, es el elemento que sirve de base para construir el modelo abstracto de conducta con el que se compara el acto médico objeto de análisis en cada caso concreto, para determinar si la conducta fue o no culposa; esto es, si existió descuido, negligencia, impericia o violación de reglamentos. Dicha expresión hace referencia al estado del arte en el que se encuentra un área como la medicina. Puede afirmarse que

La locución latina *Lex Artis*, literalmente “Ley del Arte” o regla de la técnica de actuación de la profesión de que se trata, ha sido empleada para referirse a un cierto sentido de apreciación sobre si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta o se ajusta o no a lo que debe hacerse; en definitiva, si corresponde con la actuación de un buen profesional, un buen técnico o un buen artesano. Es decir, se intenta calificar si la actuación del

⁶ FORTICH ARIZA, Alma. El factor de imputación de la responsabilidad profesional en la doctrina moderna. En: Revista de derecho Universidad del Norte. Julio-diciembre, 2010, Vol. 34, p. 306-342. ISSN 0121-8697.

profesional se ajusta al concepto de excelencia en el momento en que se juzga dicha actuación.⁷

Así pues, la responsabilidad civil médica no es más que un tipo de responsabilidad civil profesional que ha tenido una evolución doctrinal y jurisprudencial propia, a la cual se le aplican los supuestos generales de la responsabilidad civil con algunas particularidades.

Finalmente es importante aclarar que no se habla de responsabilidad médica exclusivamente cuando esta se origina en estricto sentido en la relación médico-paciente a la que se ha hecho referencia, pues con el paso del tiempo se han introducido varios sujetos, diferentes al médico, a la ecuación. Así, las EPS, las clínicas y hospitales públicos o privados, los laboratorios y las aseguradoras, como personas jurídicas, también incurren en responsabilidad civil médica⁸ y, por lo general, son llamadas a responder solidariamente por los daños causados a sus pacientes o afiliados, según el caso.

1.2. ELEMENTOS O SUPUESTOS DE HECHO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

Pese a las particularidades de la responsabilidad civil médica, esta tiene los mismos elementos o supuestos de hecho que la responsabilidad civil, esto es, se exige un hecho generador imputable, un daño y un nexo causal entre el primero y el segundo para poder predicar la responsabilidad.

⁷ GUZMÁN MORA et al., Op. Cit., p. 14.

⁸ YEPES RESTREPO, Sergio. La Responsabilidad Civil Médica. 5 ed. Medellín: Biblioteca jurídica DIKÉ, 2002. P. 50. ISBN 958-9276-29-6.

A continuación, se analizarán, a grandes rasgos, cada uno de estos supuestos de hecho, de manera tal que se tenga un panorama general que nos permita ubicar en ellos la pérdida de la oportunidad.

Si bien en principio existen diferencias en los supuestos de hecho dependiendo de si se trata de una responsabilidad civil médica contractual o extracontractual, en atención a la relación médico-paciente, las distinciones entre ambos regímenes son más aparentes que reales y fácilmente superables, por lo que algunos fallos judiciales y un sector minoritario de la doctrina ha optado casi que por obviarlas, propugnando por una unificación del régimen de responsabilidad. Otro sector de la doctrina propone que pese a que se mantiene la dualidad entre responsabilidad civil contractual y extracontractual, en la práctica el campo de la contractual es cada vez más amplio y el de la extracontractual cada vez más reducido, por lo que por regla general la responsabilidad médica es de carácter contractual.

De conformidad con esta última posición,

(...) la balanza se inclina por la tesis enderezada a sublimar que la responsabilidad del médico de ordinario es contractual, y muy residualmente extracontractual,

(...)

Por lo anterior, aun cuando generalizadamente no se admite la unicidad en cita, en la *praxis* se tiende hacia ella, no porque dogmática y concientemente se reclame su entronque o fusión, o porque se esté de acuerdo con la misma, sino porque en el común de los casos de la responsabilidad galénica se arroja con una envoltura contractual, de suerte que aún de cara a la citada pluralidad jurídica (extracontractual y contractual), a la postre, se apunta prevalentemente a una específica tipología: la contractual, lo que acontece cada vez más, hasta el punto que, por este sendero de carácter fáctico, el espacio de la extracontractual se reduce día tras día, razón por la cual es probable que en el futuro, por absorción, indirectamente – y no *recta vía* –, se termine imponiendo un solo régimen en la órbita médica, así en los demás supuestos de la responsabilidad continúen perviviendo los dos esquemas o arquitecturas, según el caso, sin que por ello, se aclara, se desnaturalice su ser o se

eclipse su genuina naturaleza. Al fin y al cabo, la responsabilidad médica, en sí misma, es una prototípica modalidad de la responsabilidad civil.⁹

En este sentido, incluso en los casos en los que en principio es claro que no existe un vínculo contractual entre el médico y el paciente, por ejemplo, cuando quien contrata la prestación del servicio médico es la EPS a la que el paciente se encuentra afiliado, se ha planteado la posibilidad de extender la relación contractual aplicando la teoría de la cadena o grupo de contratos, para imputarle responsabilidad civil contractual al médico. Esta teoría, que aumentaría aún más los casos de responsabilidad civil médica contractual, fue adoptada por la Corte Suprema de Justicia en un caso aislado, fallado el 11 de septiembre de 2002. En esta sentencia la Corte afirmó:

Tratándose del primer punto, como ya se observó, la tendencia está dirigida a atribuirle al tercero que ejecuta materialmente la prestación de la obligación contractual del primigenio deudor, responsabilidad contractual por el cumplimiento defectuoso de la misma, justificada en diversas tesis, que como se vio, van desde “una responsabilidad accesoria”, pasando por el contrato a favor de tercero, hasta llegar a aquella que consulta la unidad y la estructura de los vínculos dados entre el contratante inicial, el acreedor y el ejecutante material de la prestación en la condición de agente o auxiliar del primero.¹⁰

Adicionalmente, los efectos de la distinción no son tan relevantes como sí ocurre en otros campos de la responsabilidad. Así, por ejemplo, independientemente de si se trata de una responsabilidad contractual o extracontractual, la conducta del galeno se analiza de cara al mismo modelo abstracto de conducta: el buen médico, construido, entre otros aspectos, a partir de la *lex artis*, concepto aplicable a ambos tipos de responsabilidad. Esto implica que en contractual no se aplica la triple graduación de la culpa y, por tanto, aunque el análisis empiece de manera

⁹ JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo. Medellín: Biblioteca Jurídica DIKÉ, 2011. P. 525-526. Tomo I. ISBN 978-958-731-068-9.

¹⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala De Casación Civil, M.P: José Fernando Ramírez Gómez. Bogotá, 11 de septiembre de 2002. Expediente No. 6430.

diferente en uno u otro tipo de responsabilidad, arroja los mismos resultados en este punto.

Por lo expuesto, si bien en teoría se mantiene la dualidad entre responsabilidad contractual y extracontractual, la distinción suele no ser muy relevante en la práctica para la mayoría de los casos. Por esta razón, el presente trabajo no asume claramente la distinción entre uno u otro tipo de responsabilidad, por lo que se hablará de responsabilidad civil médica independientemente de la existencia o no de un contrato. En caso de que el lector sea partícipe de una posición diferente, según la cual no se diluyen, o al menos no deberían diluirse, las diferencias entre la responsabilidad civil médica contractual y extracontractual, se aclara que las mismas no serán objeto de estudio en el presente trabajo, pues atienden, salvo tratamiento unificado claramente aplicable, a las reglas generales de la responsabilidad civil, a cuyo análisis se remite.

1.2.1 Hecho generador imputable. Para que se configure la responsabilidad civil, debe haber un hecho generador del daño, que le sea imputable al sujeto señalado como responsable. La imputación, como elemento estructural, permite determinar a quién le es atribuible ese hecho generador y por qué. En este sentido, se habla de sistemas de imputación subjetivo, objetivo, por garantía y a título de equidad. En ellos, varían, entre otros aspectos, las cargas probatorias y las causales de exoneración de responsabilidad.

En materia de responsabilidad médica, los sistemas de imputación que se aplican por excelencia son el sistema subjetivo o con culpa, como sistema general y tradicional, y el sistema objetivo o sin culpa, como uno excepcional.

Para determinar el sistema de imputación aplicable a un caso de responsabilidad civil, es imperativo analizar la conducta desplegada por el señalado como

responsable, para identificar si se está ante un riesgo que permita calificar la actividad como peligrosa o ante el incumplimiento de una obligación de resultado*, situaciones en las que se aplicará el sistema objetivo, o si, por el contrario, se está frente al incumplimiento del deber general de cuidado o de obligaciones de medio, situaciones en las que se aplicará el sistema subjetivo.

En sentencia de Casación Civil del año 2001, la Corte Suprema de Justicia, explicó:

Una obligación de *medios*, también denominada *obligación general de prudencia y diligencia*, exige solamente emplear la diligencia debida para intentar obtener el resultado perseguido (un típico ejemplo es el deber del abogado de obtener una sentencia favorable para el cliente). Una obligación contractual de *medios* equivale, por ello, a las que en materia extracontractual se denominan obligaciones sujetas al deber general de prudencia y diligencia. Por el contrario, en una obligación de *resultado* el deudor asegura la obtención de un objeto determinado, la obtención de un resultado concreto (la entrega material de una cosa, por ejemplo). En la obligación de *medios*, la prueba del incumplimiento del contrato supone efectuar un juicio de valor acerca de la diligencia empleada por el deudor; en cambio, en la obligación de *resultado*, el incumplimiento queda demostrado si se prueba simplemente que el resultado no se obtuvo.¹¹

Algunos plantean que por regla general, el médico o prestador del servicio se compromete a poner a disposición de su paciente sus conocimientos y experticia, sin que le sea posible comprometerse a un resultado determinado, debido a las innumerables variables que entran en juego en el acto médico.¹² Es decir, el aleas

*Al respecto es importante aclarar que la jurisprudencia colombiana ha entendido que en los casos de incumplimiento de obligaciones de resultado, el sistema de imputación aplicable es el subjetivo o con culpa. Sin embargo en el presente escrito se parte de que el sistema de imputación que se debe aplicar en estos casos es el objetivo, pues para constatar el incumplimiento de obligaciones de resultado no es necesario acreditar que el deudor actuó con culpa, sino simplemente que no se obtuvo el resultado esperado.

¹¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala De Casación Civil, M.P: José Fernando Ramírez Gómez. Bogotá, 30 de enero de 2001. Expediente No. 5507.

¹² VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto Antonio. Prueba de la culpa médica. Medellín: Biblioteca Jurídica DIKÉ, 1995. P. 59. ISBN 958-9276-97-0.

es el factor determinante que lleva a concluir que, por regla general, la prestación médica se rige por un sistema de imputación subjetivo.

Sin embargo existen excepciones a dicha regla general, en las que es aplicable el sistema objetivo, tales como situaciones en las que se presenta una infección nosocomial, o en las que el médico sí se compromete expresamente a un resultado específico, como en algunos casos de cirugías estéticas, en los que aunque la jurisprudencia no lo ha entendido así, podría entenderse que la obligación pactada es una obligación de resultado. Así lo expresa el profesor Wilson Ruiz, quien afirma que “definitivamente, la relación médico–paciente está reglada por un expreso acuerdo de voluntades, mediante el cual el médico queda comprometido, generalmente por una obligación de medios a empeñar todo su conocimiento, destreza y juicio clínico. Aunque ya la jurisprudencia nacional e internacional le ha asignado a ciertas áreas de la medicina la condición de obligación de resultados o fines”.¹³

Además, recordando las diferentes etapas del acto médico a las que ya se hizo referencia en la aproximación al concepto de la responsabilidad civil médica, podría pensarse que, si bien en su conjunto constituyen una obligación de medios (teniendo en cuenta que la curación es el fin deseado y la presencia de aleas), podría pensarse que algunas de ellas, ante la certeza de falta de aleas, configuran obligaciones de resultado que podrían dar origen a la aplicación de un sistema de imputación objetivo. Por ejemplo, piénsese en un examen de laboratorio, que de resultar positivo, tiene tal relación causal con determinada patología que no podría afirmarse, científicamente hablando, que el paciente no la sufre. En un caso como este, de aceptarse que hay una falta absoluta de aleas en la etapa diagnóstica, podría concluirse que esta etapa da origen a una obligación de resultado. Por tanto, el incumplimiento de dicha obligación se constataría al verificar si el

¹³ RUIZ, Wilson. La responsabilidad médica en Colombia. En: Revista Criterio Jurídico Santiago de Cali. 2004, Vol. 4, p. 195-216. ISSN 1657-3978.

diagnóstico emitido por el especialista se corresponde o no con el arrojado por el examen de laboratorio.

No obstante, las hipótesis típicas de responsabilidad médica son hipótesis de culpa y, según Sergio Yepes Restrepo¹⁴, consisten en: i) omisión y retardo que pueden presentarse en cualquiera de las etapas; ii) error de diagnóstico, que como veremos está altamente relacionado con la pérdida de la oportunidad, iii) culpa en la elección del tratamiento; iv) culpa técnica como conducta contraria a la *lex artis*; v) descuido postoperatorio; y vi) ausencia o fallas en el consentimiento.

1.2.1.1 Sistema subjetivo. Una vez determinado que el sistema subjetivo es el aplicable a un caso concreto de responsabilidad médica, según los criterios expuestos, es necesario identificar la culpa en la que incurrió el señalado como responsable, pues, en este sistema, el hecho generador se le atribuye a quien incurrió en culpa por haber incurrido en ella.

Esta afirmación hace imperativo analizar qué se entiende por culpa, la cual abarca tanto la culpa delictual (dolo) como la cuasidelictual (culpa propiamente).¹⁵

De un lado, el dolo es definido por el Código Civil en el artículo 63 como “la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.¹⁶ De otro

¹⁴ YEPES RESTREPO, Op. Cit., p. 94-112.

¹⁵ LE TOURNEAU, Philippe. La responsabilidad civil. Traducido por Javier Tamayo Jaramillo. Bogotá: Legis Editores S.A., 2004. P. 123. ISBN 978-958-653-400-0.

¹⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 57. (15, abril, 1887). Sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional. Diario Oficial Bogotá, 1887 No. 7.019. P. 1-395.

*Algunos, como Le Tourneau, han entendido la culpa como un acto ilícito, que implica la violación a una norma jurídica. Sin embargo, esta posición ha sido criticada, entre otros, por los hermanos Mazeaud (quienes la definen como error de conducta), por la imposibilidad de hacer un catálogo de todas las normas que pueden incumplirse para

lado, a diferencia del dolo, la culpa no cuenta con una definición legal. El artículo 63 del Código Civil, al referirse a la culpa, únicamente habla de modelos abstractos de conducta, por lo que la doctrina se ha visto obligada a elaborar una definición de este concepto.

Así, la doctrina ha definido la culpa como un error de conducta, es decir, como una conducta anormal de cara a un modelo abstracto de conducta.* Los hermanos Mazeaud la definen como “un error de conducta tal, que no la habría cometido una persona cuidadosa situada en las mismas circunstancias externas que el autor del daño”.¹⁷

Recordemos que por tratarse de la responsabilidad civil médica, el modelo abstracto de conducta equivaldría, no al buen padre de familia (art. 63 del Código Civil) sino al buen médico. Haciendo una apreciación, no en abstracto, sino más bien mixta de la culpa, se deben tener en cuenta principalmente los parámetros establecidos por la *lex artis* al momento de la causación del daño, pero podrían considerarse también los elementos particulares relevantes, tales como la profesión concreta del médico demandado (especialidad de la medicina), el interés jurídico en juego, la experiencia laboral del médico, los recursos externos con los que contaba el profesional al momento de los hechos, entre otros.

En este escenario, nos encontramos ante un régimen de culpa probada, pues, de conformidad con lo concluido por Carolina Deik¹⁸ es a la víctima (demandante) a quien le corresponde probar el hecho generador imputable (como hecho

determinar cuándo hay culpa. Además, puede incurrirse en culpa aún acatando todas las normas jurídicas en sentido estricto.

¹⁷ MAZEAUD y TUNC. P. 85. Tomo I. Citado en: VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio. Responsabilidad civil extracontractual. Bogotá: Temis S.A. Editorial, 2009. P. 213. ISBN 978-958-35-0737-3.

¹⁸ DEIK ACOSTA-MADIEDO, Carolina. Responsabilidad civil médica. Elementos, naturaleza y carga de la prueba. En: Revista de Derecho Privado de la Universidad de Los Andes. Junio, 2010, Vol. 43, p. 1-26. ISSN 1909-7794.

constitutivo de culpa), además del nexo causal y el daño y perjuicio reclamado. Correlativamente, el demandado, podrá exonerarse de responsabilidad demostrando diligencia y cuidado (como conducta contraria a una culposa), causa extraña (que rompe el nexo causal o el de imputación), hecho justificativo (que rompe el nexo de imputación), o la inexistencia del daño y el perjuicio.

1.2.1.2 Sistema objetivo. Si bien el sistema subjetivo es la regla general, con el tiempo se vio la necesidad de crear otro sistema por aquellos eventos en los que la actividad desplegada genera un riesgo muy alto. Al analizar los criterios de identificación del sistema de imputación en responsabilidad médica, hay casos en los que se aplica el sistema de imputación objetivo, en el que la culpa no hace parte del hecho generador.

Que la culpa no haga parte del hecho generador implica, según lo corrobora Carlos Ignacio Jaramillo¹⁹, que la acreditación de diligencia y cuidado por sí misma no exonera de responsabilidad al señalado como responsable, quien podrá empezar por demostrar que la obligación no debe clasificarse como una de resultado. Ahora bien, si la obligación fuera de resultado el demandado deberá probar una causa extraña (que rompa el nexo de imputación con el demandado o el nexo causal con el daño y los perjuicios), o un hecho justificativo (que rompa el nexo de imputación con el demandado), o inexistencia de daño y perjuicio. La víctima, en todo caso, debe acreditar el hecho generador, el nexo causal y el daño y perjuicio causado.

Ahora, si bien la culpa no es el criterio fundamental en este sistema, tampoco puede afirmarse que sea irrelevante. Por ejemplo, si el demandado pretende exonerarse probando una causa extraña, la prosperidad de la excepción implicará

¹⁹ JARAMILLO JARAMILLO, Op. Cit., p. 115.

la acreditación de la ausencia de culpa en relación a la previsibilidad e irresistibilidad, como elementos de esta causal de exoneración.

Lo dicho hasta acá, en cuanto al sistema y cargas probatorias, lo resume el jurista Obdulio Velásquez Posada, citando a Eduardo Álvarez Correa, así:

Tanto en responsabilidad civil como en la del Estado se habla de responsabilidad subjetiva y objetiva. Cuando se exige que en la conducta haya existido dolo o al menos culpa (negligencia), sea probándola o acudiendo a las presunciones legales, estamos frente a la llamada responsabilidad subjetiva. Si no es necesario ningún tipo de dolo o culpa, se denomina responsabilidad objetiva. La conducta puede ser con culpa o sin culpa. Cuando se establece en determinados casos, por ejemplo en las actividades peligrosas, que es una responsabilidad objetiva, se hace para enfatizar que no es necesario acreditar ninguna culpa o dolo del agente del daño: basta simplemente probar la conducta, por acción u omisión, el daño y el nexo causal.²⁰

Habrà de analizarse cada caso concreto para determinar cuál sistema es el aplicable según los criterios ya expuestos, principalmente la existencia o no del aleas en cuanto al resultado y el compromiso asumido por el médico con su paciente para la obtención de un resultado determinado. Sin embargo, como ya se ha dicho, en materia médica por excelencia se aplica el subjetivo, lo cual no implica que no puedan usarse sistemas de aligeramiento probatorio a favor de la víctima, tales como la carga dinámica de la prueba consagrada en el Código General del Proceso (art. 167). En este sentido se pronunció la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en el año 2011, así:

(...) para el juzgamiento de los profesionales de la ciencia médica en el ámbito de la *“responsabilidad civil”*, por regla general, ha de tomarse en cuenta la *“responsabilidad subjetiva”* basada en la culpa o negligencia, constituyendo la *“lex artis”* parámetro preponderante para su determinación, en armonía con los *“deberes médicos”*, criterio este observado en la

²⁰ ÁLVAREZ CORREA, Eduardo. Obligaciones. La culpa en la Lex Aquilia debía ser por comisión, nunca por omisión. Bogotá: Uniandes, 1978. P. 90. Citado en: VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio. Op. Cit., p. 14. ISBN 978-958-35-0737-3.

mayoría de países, aunque con la aceptación de teorías que en cada caso en concreto conducen a la flexibilización de la carga probatoria.²¹

Pese a lo analizado en precedencia, que da ciertas bases para diferenciar los sistemas de imputación, debe tenerse en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en muchos de sus fallos ha confundido un sistema objetivo con uno subjetivo de presunción de culpa no desvirtuable, tal como ocurre en el análisis de actividades peligrosas*. Ahora, si la culpa no es desvirtuable, ello significa que esta no es el fundamento de la responsabilidad, y, en este sentido, se está ante un sistema objetivo y no ante uno subjetivo. En cualquier caso, la prestación médica, según lo concluye Alma Ariza²², no es calificable en Colombia como una actividad peligrosa.

Al hacer referencia a las causales de exoneración, se aludió a la causa extraña y al hecho justificativo como causales que rompen el nexo de imputación. La gran mayoría de los autores hablan de un único nexo causal, sin embargo, puede afirmarse que hay una clara diferencia entre el nexo de imputación y el nexo causal, distinción que tiene utilidades teóricas. El nexo de imputación es aquel que existe entre el sujeto y el hecho generador, frente al cual existe una especie de presunción, pues una vez probado el hecho generador, este se presume imputable al sujeto señalado como responsable. Mientras que el nexo causal es aquel que existe entre el hecho generador imputable y el daño, y requiere ser probado por el demandante.

²¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala De Casación Civil, M.P: Ruth Marina Díaz Rueda. Bogotá, 1 de diciembre de 2011. Expediente No. 05001-3103-008-1999-00797-01.

* Véase: COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala De Casación Civil, Magistrado Ponente: Ruth Marina Díaz Sentencia, 26 de agosto de 2010. Expediente No. 47001-31-03-003-2005-00611-01.

²² ARIZA FORTICH, Alma. La responsabilidad médica como actividad peligrosa. Análisis de caso en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. En: Universitas. Enero-junio, 2013, Vol. 126, p. 15-37. ISSN 0041-9060.

Luis Díez-Picazo, quien parece partir de la base de la existencia de un solo nexo causal, hace referencia a la distinción, aludiendo a dos problemas diferentes que pretende resolver la teoría de la causalidad.

El concepto de causa y el de causalidad se utilizan en materia de responsabilidad civil, para tratar, básicamente, de dar respuesta a dos tipos de problemas: el primero es encontrar alguna razón por la cual el daño puede ligarse con una determinada persona, de manera que se pongan a cargo de esta, haciéndola responsable, las consecuencias indemnizatorias, para lo cual se utiliza el concepto de causa en el art. 1902 CC [español: 'El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado', análogo del art. 2341 de la Codificación colombiana] al imponer el deber de indemnizar a 'el que causa daño a otro'; en segundo lugar, se trata de relacionar, a la inversa de lo que hacíamos anteriormente, al daño con la persona, pues el precepto, remarcando el uso de la palabra causa, dice que se indemniza 'el daño causado'.²³

En el texto transcrito, el primer problema hace referencia al nexo de imputación, mientras que el segundo, al causal. Si bien en ambos casos se trata de nexos de causalidad, la distinción permite evitar confusiones al referirse a uno y otro, por lo que será incorporada en el desarrollo de este trabajo.

A manera de ejemplo, supongamos que un médico es llamado a su casa para que atienda una urgencia médica en el hospital en el que trabaja. El médico, muy dormido, se levanta y se demora dos horas en llegar al hospital (cuando pudo haber llegado en 15 minutos). Debido a la tardanza, toda vez que no se contaba con más especialistas que realizaran el procedimiento requerido por el paciente, este muere. Ahora, supongamos que inmediatamente recibe la llamada, el médico sale de su casa rumbo al hospital, pero se encuentra con un derrumbe que le

²³ DÍEZ-PICAZO, Luis y DE LEÓN, Ponce. Fundamentos de derecho civil patrimonial. Barcelona: Editorial Thomson, 2007. P. 357, Tomo V. Citado en: ROJAS QUIÑONES, Sergio y MOJICA RESTREPO, Juan Diego. De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana. En: Universitas. Julio, 2014, Vol. 12, p. 187-235. ISSN 0041-9060.

impide cruzar la única vía de acceso al mismo; nuevamente, debido a la tardanza, el paciente fallece. Vemos cómo en el primer evento, al médico le es imputable el incumplimiento y por tanto el daño, mientras que en el segundo, ese nexo de imputación se rompe por una situación externa, irresistible e imprevisible para él, pese a que en ambos casos hay un nexo de causalidad entre la tardanza y la muerte del paciente.

1.2.2 Daño y perjuicio. El artículo 2341 del Código Civil dispone: “el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido **daño** a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido” (negrita añadida)²⁴. De la disposición transcrita se desprende que no hay responsabilidad civil sin daño; así, el daño, aunque necesario, no es suficiente, pues deben concurrir los demás elementos de la responsabilidad aquí analizados.

No entraremos en este trabajo a discutir a profundidad supuestos tales como el daño contingente, el acto ilícito continuado o el principio de precaución. Partiremos de la premisa de la existencia de un daño que cumple con todos los requisitos del daño indemnizable, haciendo referencia únicamente al daño eventual, es decir, a la característica de certeza. También se identificarán los tipos de daño y se hará una breve aproximación a la problemática distinción entre daño y perjuicio, haciendo referencia a la clasificación de este último. Empecemos entonces por determinar qué se entiende por daño.

Para Javier Tamayo Jaramillo, “daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene un persona para disfrutar un bien patrimonial o

²⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 57. (15, abril, 1887). Sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional. Diario Oficial Bogotá, 1887 No. 7.019. P. 1-395.

extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente a la víctima”.²⁵

Jorge Cubides Camacho y Juanita Cubides Delgado lo definen como:

El daño es el detrimento o demérito que sufre una persona en sus derechos o en sus sentimientos. Es por ello la medida de la responsabilidad. Establecida ésta, el orden jurídico busca asegurar la eficaz reparación del perjuicio causado como consecuencia del dolo, de la culpa o de actividades peligrosas. Como una persona puede ser perjudicada de muchas maneras se hace necesario establecer primeramente cuáles son las diferentes clases de daño.²⁶

De otro lado, Adriano de Cupis, afirma que “daño no significa más que *nocimiento* o *perjuicio*, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable”.²⁷

Estas definiciones dan una idea acerca de lo que puede entenderse por daño. Básicamente es un hecho jurídico que consiste en una afectación, aminoración o lesión de un interés jurídicamente protegido.

Pero no cualquier daño es indemnizable. Tradicionalmente se ha afirmado, como lo explica Juan Carlos Henao²⁸, que para que lo sea, este debe reunir ciertas características; debe ser cierto, personal y directo, a lo que se le suma que el derecho o interés afectado sea lícito, el daño debe ser significativo y no puede haberse reparado. Si bien algunas de estas características realmente hacen referencia a requisitos procesales (personal) o al mismo nexo causal (directo) y

²⁵ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. 2 ed. Bogotá: Legis Editores S.A., 2007. P. 326, Tomo II. ISBN 978-958-653-560-1.

²⁶ CUBIDES CAMACHO, Jorge y CUBIDES DELGADO, Juanita. Obligaciones. 5 ed. Bogotá: JAVEGRAF, 2005. P. 297. ISBN 958-9502-237.

²⁷ DE CUPIS, Adriano. El daño. Teoría general de la responsabilidad civil. 2 ed. Traducido por Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1975. P. 81. ISBN 84-7162-664-0.

²⁸ HENAO PÉREZ, Juan Carlos. El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. P. 88 -187. ISBN 958-616-360-1.

todas ellas merecen un comentario, en este acápite solo se hará referencia a la certeza del daño, pues como se verá en el segundo capítulo, esta característica se relaciona íntimamente con la pérdida de la oportunidad.

Al respecto, puede afirmarse que “el daño es cierto cuando a los ojos del juez aparece con evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante. En cambio, el perjuicio es hipotético, y en consecuencia no hay lugar a reparación, cuando la víctima solo tenía una posibilidad remota de obtener un beneficio en caso de que no se hubiera producido la acción dañina”.²⁹

Así, Henao³⁰ señala que el daño cierto se contrapone al hipotético o eventual, aunque no se opone a que el daño pueda ser futuro.

Es a la víctima a quien le corresponde probar la existencia y certeza del daño, independientemente de que este sea pasado, actual o futuro. Un daño incierto no es reparable, por lo que una posibilidad muy remota de obtener un beneficio, tal como el lucro cesante (perjuicio) por la pérdida de apoyo económico que brindaría en el futuro un menor de edad (que fallece) a sus padres, no es en principio indemnizable.

1.2.2.1 La problemática distinción entre daño y perjuicio. A lo largo de este texto se ha hablado de daño y perjuicio sin diferenciar el uno del otro. Sin embargo, algunos autores sostienen que existe una gran utilidad teórica y práctica en hacer la distinción entre ambos conceptos, mientras que para otros, hacerlo no tiene utilidad alguna. Veamos.

²⁹ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Op. Cit., p. 339-340.

³⁰ HENAO PÉREZ, Op. Cit., p. 129-132.

Entre los autores que más defienden la importancia de hacer la distinción se encuentra el profesor Juan Carlos Henao³¹. Este, basándose en caracterizaciones hechas por autores como el profesor Bénéoit, parte de que la diferencia radica en que mientras que el daño es la alteración material exterior, entendida como hecho, el perjuicio es la disminución patrimonial que sufre una persona como consecuencia de dicho daño. En esta definición debe entenderse el patrimonio en un sentido amplio, pues, como se explicará, los perjuicios pueden ser tanto patrimoniales como extrapatrimoniales.

Por su parte, el tratadista Javier Tamayo Jaramillo afirma que daño y perjuicio en sentido jurídico son términos equivalentes, criticando la distinción que hace Juan Carlos Henao por considerarla innecesaria, así:

En conclusión, toda disminución de beneficios no prohibidos por el orden jurídico constituye daño o perjuicio. Y si este daño inicial, afecta negativamente otros bienes de esa primera víctima o de terceros, habrá tantos daños o perjuicios como bienes jurídicamente lícitos hayan sido afectados negativamente. Y no podemos afirmar que el daño al primer bien no es un perjuicio. El ejemplo prueba que *daño y perjuicio en sentido jurídico* son lo mismo. Si se acepta que la disminución de cualquiera de esos beneficios, incluido el que fue afectado inicialmente, debe ser protegido por el orden jurídico, entonces, fácil es observar que alrededor de una sola persona o cosa existen múltiples beneficios que de ser disminuidos generan responsabilidad civil a favor del titular de los mismos. La responsabilidad civil protege todo tipo de beneficios no prohibidos por el orden jurídico. En esta forma, es innecesario insistir en la diferencia entre daño y perjuicio, bastando simplemente entender que toda disminución de beneficios alrededor de una cosa o persona constituye daño o perjuicio.³²

³¹ *Íbid.*, p. 76 -79.

³² TAMAYO JARAMILLO, Javier. Reflexiones sobre la ontología del daño, y los diversos daños extrapatrimoniales. En: ENCUENTRO INTERNACIONAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL IARCE (X: 2015: Bogotá) 38 p.

Véase también: TAMAYO JARAMILLO, Op. Cit., p. 332-334.

El jurista Fernando Moreno Quijano³³ sintetiza la distinción en que “(...) no se indemniza el daño (que es la sede inmediatamente afectada por el hecho del tercero), sino los perjuicios causados (los intereses de las distintas víctimas afectadas por un daño)” y la defiende por encontrarla útil, pero considera que ésta no puede convertirse en un requisito de la responsabilidad civil, pues se incurriría en el absurdo de no indemnizar lo que denomina daños inmateriales puros. Afirma:

“Desdoblar el daño y el perjuicio es útil para lograr la reparación integral: porque permite identificar todos los intereses afectados por un mismo daño, de una o de varias víctimas, con el fin de indemnizarlos todos. O incluso permite identificar casos extraños de daños que causan beneficios. Lo erróneo es convertir ese desdoblamiento (daño-perjuicio) en un requisito de la responsabilidad civil, porque así se desconocen los daños inmateriales puros (esa categoría en que se afecta un derecho sin sede material ni sede corporal y en que no es necesario constatar una repercusión en otros bienes jurídicos) (...)”³⁴

Una vez dilucidadas las diversas posiciones al respecto, para efectos del presente trabajo, se partirá de la distinción entre daño y perjuicio, pues en sede de la pérdida de la oportunidad, la diferenciación en los términos podría brindar una mayor claridad conceptual.

Así, se evidencia que el carácter de certeza al que se hacía alusión algunas páginas atrás, puede hacer referencia tanto al daño como al perjuicio. Al primero, pues debe haber certeza acerca de la existencia del mismo, en contraposición a un daño hipotético o eventual y, al segundo, en tanto que una vez determinada la certeza del daño, los perjuicios derivados del mismo pueden ser pasados, presentes o futuros.

³³ MORENO QUIJANO, Fernando. ¿Responsabilidad civil sin perjuicio? De cómo devolverle al daño lo que es del daño. En: ENCUENTRO INTERNACIONAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL IARCE (X: 2015: Bogotá) 19 p.

³⁴ *Ibíd.*, p. 11.

1.2.2.2 Clasificación del daño y del perjuicio. Son muchas las clasificaciones hechas por la doctrina nacional del daño y del perjuicio, sin embargo, estas parten de no diferenciar los conceptos, por lo que, en su gran mayoría, corresponden a clasificaciones del perjuicio mas no del daño.

De estas clasificaciones, podríamos adoptar la que hace Obdulio Velásquez³⁵, según la cual los daños pueden generar perjuicios patrimoniales, en su modalidad de daño emergente y lucro cesante, y perjuicios extrapatrimoniales en su modalidad de daño moral y daño a la vida en relación*; y partiendo de la distinción entre daño y perjuicio, el primero puede clasificarse en daño corporal, daño material e inmaterial³⁶. A estas clasificaciones , habría que agregarle lo que la jurisprudencia ha denominado “*daños a bienes jurídicos de especial protección constitucional tales como la libertad, la dignidad, la honra y el buen nombre, que tienen el rango de derechos humanos fundamentales*”.³⁷, clasificación que hace referencia a un nuevo perjuicio indemnizable, cuando este se produce con ocasión de afectaciones a dichos derechos.

Para efectos de analizar dónde se ubica la pérdida de la oportunidad, se hará una breve aproximación a los diferentes conceptos arriba enunciados, empezando por la clasificación del daño y finalizando con la del perjuicio.

³⁵ VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio. Responsabilidad civil extracontractual. Bogotá: Temis S.A., 2009. P. 354. ISBN 978-958-35-0737-3.

³⁶ VINEY, Geneviève et JOURDAIN, Patrice. Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité. París: LGDJ, 1998. P. 19-24. ISBN 2-275-00176-X.

*Es importante indicar desde ya que el Consejo de Estado creó una categoría autónoma de perjuicio extrapatrimonial que denominó daño a la salud.

³⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala De Casación Civil. M.P: Ariel Salazar Ramírez. Sentencia, 5 de agosto de 2014. Expediente No. 11001-31-03-003-2003-00660-01.

Se dijo que el daño puede clasificarse como corporal, material e inmaterial. El primero de ellos consiste en la lesión a la integridad física o psíquica de una persona, como aquella que causa un médico que amputa la pierna incorrecta a su paciente; el material, como su nombre lo indica, es la lesión a un bien material (bien diferente al cuerpo humano), tal es el caso del paciente a quien le hurtan sus pertenencias encontrándose hospitalizado; finalmente, de lesionarse un interés jurídico inmaterial, como la propiedad intelectual o la oportunidad de sobrevivir, se tratará de un daño inmaterial.³⁸

A su vez, los perjuicios pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales (o pecuniarios y no pecuniarios), dependiendo de “la naturaleza económica o no económica del interés lesionado y no necesariamente en función del bien sobre el cual se ha producido el hecho dañino. (...) Si el derecho a reparar tiene una equivalencia monetaria, estaremos entonces en presencia de un daño pecuniario y, por el contrario, si el derecho lesionado no tiene un valor de mercado estaremos en presencia de un daño no pecuniario”.³⁹

Los patrimoniales tradicionalmente se han clasificado en daño emergente y en lucro cesante. El daño emergente consiste en las disminuciones del activo patrimonial que sufrió, sufre o sufrirá la víctima con ocasión del daño, tales como las sumas pagadas por atenciones médicas. El lucro cesante consiste en los activos que dejaron, dejan o dejarán de ingresar al patrimonio de la víctima en el futuro con ocasión del daño, como ocurre al presentarse una pérdida de capacidad laboral permanente.⁴⁰

³⁸ VINEY, Geneviève et JOURDAIN, Patrice. Op. Cit. P. 19-24.

³⁹ HENAO PÉREZ, Juan Carlos. De las distintas formas de concebir la tipología de los perjuicios. En: Colección Conmemorativa Revista Responsabilidad Civil y del Estado IARCE. Tomo VI, 29-32 Ed, p. 217-237. ISSN 978-958-59104-6-1.

⁴⁰ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Op. Cit., p. 474.

Por su parte, los perjuicios extrapatrimoniales, pueden clasificarse como morales y daño a la vida en relación, dependiendo de la afectación producida por el daño. Si éste afecta la esfera íntima del sujeto, generando dolor físico o psíquico, será moral⁴¹, pero si afecta su manera de relacionarse con el mundo exterior, será daño a la vida en relación⁴². Al respecto, es importante mencionar que el Consejo de Estado, introdujo como categoría autónoma el daño a la salud, por obvias razones íntimamente ligado a la prestación de servicios médicos, que entiende como un

(...) perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo.⁴³

En materia médica se aplican las normas generales del daño. Esto significa que este debe reunir todas las características que permiten catalogarlo como indemnizable y podría, eventualmente, presentarse en cualquiera de sus modalidades, siendo la más común el daño corporal. Adicionalmente, el daño causado podría generar toda clase de perjuicios, como los arriba enunciados.

1.2.3 Nexa causal. Entre el hecho generador imputable y el daño debe haber un nexa causal jurídicamente relevante que permita afirmar que ese hecho fue el causante del daño que se reclama. Lo anterior, facilita aplicar la máxima de la responsabilidad civil, según la cual se repara todo el daño pero nada más que el daño, o como lo expresó la Corte Constitucional, “el resarcimiento del perjuicio,

⁴¹ Íbid. P. 503.

⁴² Íbid. P. 509.

⁴³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M.P: Hernán Andrade Rincón. Bogotá, 26 de agosto de 2015. Expediente No. 2500023-26-000-2003-00863-01 (33.302).

debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, mas no puede superar ese límite”.⁴⁴ Lo que se pretende es que el responsable responda únicamente por aquellos daños que haya causado y no por unos diferentes.

La causalidad es tal vez uno de los temas más complejos en materia de responsabilidad civil médica, debido a las múltiples etiologías que puede tener un daño y a la dificultad, no solo jurídica sino también científica, de establecer cuál de todas ellas es la causa de aquel. Sin embargo, la jurisprudencia no ha hecho muchos esfuerzos por concretar la teoría de causalidad jurídica aplicable, no solo en materia médica sino en la teoría general en la responsabilidad civil.

A lo largo de la historia, la doctrina ha desarrollado diferentes teorías que permitan determinar los criterios aplicables para retener o desechar ciertos hechos como causa. Así, existen las teorías de la equivalencia de las condiciones, la causa próxima, la causalidad adecuada y la imputación objetiva, sin que halla absoluta claridad acerca de cuál de ellas o cómo debe aplicarse en aras de establecer un nexo causal jurídicamente relevante en cada caso concreto.

Asumo que adentrarme en estas teorías y en cada uno de sus problemas teóricos y prácticos implicaría todo un trabajo independiente, por lo que apenas se hará una aproximación breve a las mismas, identificando, a grandes rasgos, qué se retiene como causa según se aplique una u otra.

Sergio Rojas Quiñones y Juan Diego Mojica Restrepo⁴⁵ hicieron un buen recuento de las teorías: la primera de ellas, la equivalencia de las condiciones, retiene como causa todo aquello sin lo cual no se habría producido el resultado (*conditio sine*

⁴⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. M.P: Antonio Barrera Carbonell. Sentencia C-197, 20 de mayo de 1993.

⁴⁵ ROJAS QUIÑONES, Sergio y MOJICA RESTREPO, Juan Diego. De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana. En: Vniversitas. Julio, 2014, Vol. 129, p. 187-235. ISSN 0041-9060.

qua non), así, si prescindiendo mentalmente de un hecho, el resultado igualmente se habría producido, ese hecho no es causa. Los puntos ciegos de esta teoría, dieron origen a la causalidad próxima, en la que se retiene como causa aquel hecho inmediatamente anterior a la causación del daño. Varios de los problemas subsistieron y se desarrolló la teoría de la causalidad adecuada, mucho más compleja que la anterior, según la cual se retiene como causa aquel hecho que en el curso normal de las cosas es apto para producir el resultado. Finalmente, en la actualidad se estudia la teoría de la imputación objetiva, la cual cobija varios criterios jurídico-valorativos para corregir la causalidad científica, tales como la proximidad, la adecuación o aptitud, la eficiencia, la prohibición de regreso y la finalidad de protección de la norma.

Además del problema de determinar la causa, existen múltiples eventos en los que, a pesar de haber una conducta reprochable, calificable como culposa de cara a un modelo abstracto de conducta, no es posible predicar la existencia de un nexo causal entre el daño y el hecho generador imputable. Piénsese en un evento en el que, durante una cesárea, que los médicos dilataron de manera injustificada, la madre sufre de una atonía uterina, es decir, una ausencia de contracción del útero, que genera un gran sangrado, y esta fallece. Los demandantes alegan que la demora fue la causa del daño (muerte), sin embargo, durante el proceso se logra demostrar que la atonía uterina fue consecuencia de particularidades propias de la gestante y que esta se habría producido así la demora no hubiese existido, sin que hubiera sido posible en cualquier caso controlar el sangrado producido. Vemos como, pese a haber una conducta reprochable (demora injustificada), esta no está relacionada causalmente con el daño.

Ahora piénsese en un caso en el que el paciente consulta a urgencias por un dolor abdominal. Es valorado en triage y el médico de turno, sin acudir a ayudas diagnósticas y sin realizar valoración clínica alguna, le receta acetaminofén y lo envía a casa. Tres horas después, el paciente fallece como consecuencia de un

shock séptico. Se logra demostrar que el proceso infeccioso del paciente era tal que aún con un diagnóstico adecuado al momento de realizar el triage, el paciente muy posiblemente habría fallecido. Nuevamente, nos encontramos ante una conducta reprochable y una ausencia de nexo causal entre esa conducta y la muerte. Ante la ausencia de nexo, no habría lugar a declarar la responsabilidad civil médica, sin embargo, ¿será posible argumentar la existencia de otro daño diferente a la muerte que sí permita que se configuren los supuestos de hecho de la responsabilidad civil?

1.3. CONSECUENCIA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

Al igual que en la teoría general, de configurarse los supuestos analizados en el numeral anterior, la consecuencia jurídica señalada por la ley en la responsabilidad civil, aplicable a la médica, es que se radica en cabeza del responsable la obligación de reparar.

Pese a que en la mayoría de los casos en materia médica se cuantifica económicamente el perjuicio causado y la obligación de reparar se convierte en una obligación de dinero, en principio, esta es una obligación de valor. Giovanna Visintini⁴⁶ explica que esto significa que el responsable no debe una suma de dinero, sino que debe brindarle al acreedor (víctima) una situación determinada que lo deje lo más cercano posible a como se encontraba antes de que se produjera el daño.

En un primer momento, es la víctima quien decide cómo quiere que le sea reparado el daño, lo cual puede exteriorizar, por ejemplo, con la presentación de la

⁴⁶ VISINTINI, Giovanna. Tratado de la responsabilidad civil Traducido por Aída Kemelmajer de Carlucci. Buenos Aires: Atrea, 1999. P. 204. ISBN 950-508-529-X.

demanda. Sin embargo, esto no impide que en determinados casos, sea el juez quien determine cómo debe hacerse la reparación, situación que no implica violar el principio de congruencia, según lo ha señalado la jurisprudencia. Así, en sentencia del 18 de diciembre de 2012 de la Corte Suprema de Justicia, afirmó:

Finalmente, para la Corte tampoco constituye inconsonancia del fallo que se ordene una forma de reparación distinta de la solicitada en la demanda, toda vez que “según el principio dispositivo, el demandante en un proceso civil tiene derecho a establecer el límite de su pretensión y a reclamar que la reparación se haga de determinada manera; pero cuando el modo de resarcimiento que plantea es imposible de cumplir, o cuando resulta innecesario e inequitativamente oneroso, o cuando en criterio del juez no es el más adecuado para garantizar la indemnización plena, entonces nada obsta para que el funcionario judicial imponga la forma de reparación que estime más conveniente, sin que ello signifique que esté fallando extra o ultra petita.”⁴⁷

En caso de que la obligación que en principio era de valor, se deba convertir en obligación de dinero, se debe determinar a cuánto equivalen, monetariamente, los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales causados. En principio, es relativamente sencillo, aplicando las fórmulas aceptadas por la doctrina y la jurisprudencia, cuantificar los perjuicios patrimoniales, sean estos presentes, pasados o futuros, tanto en su modalidad de daño emergente como en la de lucro cesante. Sin embargo, no es tan fácil cuantificar los perjuicios extrapatrimoniales, ¿cuánto vale mi perjuicio moral por la pérdida de mi visión? O ¿por la pérdida de un ser querido?, ¿cuánto vale mi daño a la vida en relación por la amputación de la pierna incorrecta?

La doctrina y la jurisprudencia, tanto civil como contencioso administrativa⁴⁸, han plateado posibles soluciones a estos interrogantes. Sin embargo, el arbitrio judicial

⁴⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala De Casación Civil, M.P: Ariel Salazar Ramírez. Sentencia, 18 de diciembre de 2012. Expediente No. 05266-31-03-001-2004-00172-01.

⁴⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales. Bogotá, 2014. P. 1-13.

sigue siendo imperante en la materia, convirtiéndose en fuente diaria de violación a la igualdad. Veremos cómo en la pérdida de la oportunidad, la cuantificación del monto a indemnizar es una de las dificultades prácticas que se presentan al aplicar la figura.

2. PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

Si bien podría pensarse que la discusión acerca de la aplicación de la pérdida de la oportunidad se encuentra superada, la doctrina no es pacífica en cuanto a diversos aspectos relacionados con ella. Se discute desde si es aceptable teóricamente la aplicación de la misma, hasta su ubicación conceptual en los supuestos de la responsabilidad civil. Además, se han planteado numerosas críticas, para algunos insuperables, especialmente en responsabilidad civil médica.

En materia de pérdida de la oportunidad, la jurisprudencia colombiana ha aplicado la figura principalmente en el campo de adjudicación de contratos estatales y en la responsabilidad médico-sanitaria del Estado. Como se desprende de los temas en los que se ha aplicado la figura, es la jurisprudencia de lo contencioso administrativo, particularmente del Consejo de Estado, la que ha desarrollado el tema. Por su parte, la jurisprudencia civil (Corte Suprema de Justicia), ha tocado muy tangencialmente la figura, por lo que no se cuenta con fallos relevantes que conformen una verdadera línea jurisprudencial y planteen una posición clara de la Corte al respecto.

En el presente capítulo se tratará, en un primer acápite, de definir qué es la pérdida de la oportunidad, señalando sus características esenciales y ubicándola entre los elementos de la responsabilidad civil médica explicados en el capítulo precedente (numeral 2.1). Este desarrollo permitirá identificar, en un segundo apartado, algunos de los problemas teóricos y prácticos de la figura, y a su vez, dará las bases para adoptar una postura que permita proponer cómo entender la pérdida de la oportunidad sin desconocer la seguridad jurídica, el principio de congruencia, de la reparación integral, y, en general, los presupuestos básicos de la responsabilidad civil (numeral 2.3).

2.1. NOCIÓN Y UBICACIÓN DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN LOS SUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

2.1.1 Generalidades. La pérdida de la oportunidad es una figura esencialmente jurisprudencial y doctrinal, que, como lo señalan Eduardo Asensi Pallarés e Iñigo Cid-Luna Clares⁴⁹, tiene origen en los sistemas jurídicos francés (*perte d'une chance*) e inglés (*loss of a chance of recovery*), y que se ha analizado, en su gran mayoría, en casos de responsabilidad médica. Países como Colombia, han importado la figura a sus ordenamientos jurídicos a través del análisis del derecho comparado.

Puede decirse que no es muy discutida la definición, en términos generales, de la pérdida de la oportunidad. Lo que se discute es su aplicación y ubicación en los elementos de la responsabilidad. Por tanto, se dará una definición general para luego cuestionarla en función a las discusiones planteadas por la doctrina, ubicándola de paso en el hecho generador imputable, en el nexo causal o en el daño (o perjuicio).

2.1.2 Definición. La pérdida de la oportunidad podría entenderse como lo hace Trigo Represas, quien la define como:

La pérdida de una oportunidad o chance constituye una zona gris o limítrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro; tratándose de una situación en la que media un comportamiento antijurídico que infiere en el curso normal de los acontecimientos de forma tal, que ya no se podrá saber si el afectado por el mismo habría o no obtenido una ganancia o evitado

⁴⁹ ASENSI PALLARÉS, Eduardo y CID-LUNA CLARES, Iñigo. La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica. En: Revista CESCO de Derecho de Consumo. 2013, Vol. 8, p. 228-239. ISSN 2254-2582.

una pérdida de no haber mediado aquél; o sea que para un determinado sujeto habría posibilidades a favor y en contra de obtener o no cierta ventaja, pero un hecho de un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades.⁵⁰

Se trata pues de aquellos eventos en los que el actuar culposo de un sujeto (responsable) impide a otro sujeto (víctima) obtener un beneficio o evitar un daño. Sin embargo, es fundamental la presencia de aleas en la obtención de dicho beneficio o en la evitación del daño, pues no es posible determinar si una u otra circunstancia se habría presentado sin la presencia del actuar culposo. Es decir, no es claro si, aún sin la culpa del señalado como responsable, la víctima habría obtenido el beneficio esperado o si habría podido evitarse el daño finalmente ocasionado.

Si bien la oportunidad o chance no se cataloga como un derecho subjetivo protegido por el ordenamiento jurídico, es claro que también se protegen intereses jurídicos como este. En este sentido, se ha pronunciado el Consejo de Estado, quien en sentencia del 2010 afirmó que “(...) dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio —material o inmaterial— para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba”.⁵¹

Por su parte la doctrina señala como ejemplos recurrentes de pérdida de oportunidad aquellos casos en los que el abogado no interpone a tiempo el recurso de apelación contra un fallo desfavorable a su representado, el

⁵⁰ TRIGO REPRESAS. Félix Alberto. Reparación de daños por mala praxis médica. Hammurabi. P. 241. Citado en: HERRERA MOLANO, Luz Andrea. La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil médica en Colombia. Bogotá, 2009, p. 2. Trabajo de grado (Especialista en Derecho de la Responsabilidad). Universidad de la Sabana. Área de Derecho.

⁵¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M.P: Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá, 11 de agosto de 2010. Expediente No. 05001-23-26-000-1995-00082-01(18593).

transportador no entrega a tiempo en su lugar de destino un libro que participaría en un concurso literario o el médico que no diagnostica a tiempo un cáncer de alta mortalidad en su paciente, quien posteriormente muere. En estos casos, no es posible relacionar causalmente el daño final con el actuar culposo, pues no puede afirmarse que de haber apelado, la decisión de segunda instancia habría sido favorable, o que el libro entregado habría obtenido el primer puesto en el concurso literario, ni mucho menos que fue el médico quien causó la muerte de su paciente.

2.1.3 Elementos. François Chabas, principal expositor de la pérdida de la oportunidad, señala como rasgos comunes que caracterizan a la figura, los siguientes:

1. Una culpa del agente.
2. La pérdida de una “ventaja esperada” (“enjeu”) (ganar el proceso, obtener el puesto de azafata), y que podría ser el perjuicio.
3. Una ausencia de prueba del vínculo de causalidad entre la pérdida de esa “ventaja esperada” y la culpa, porque, por definición, esa “ventaja esperada” es aleatoria. Esta es una característica esencial de la cuestión. La desaparición de la “ventaja esperada” siempre puede darse por causas ya sea naturales ya sea favorecidas por terceras personas, de tal forma que nunca se sabrá si es el agente quien lo ha hecho perder: aún sin el agente, habría podido perderse. De esta manera, la culpa del agente no es siquiera una condición sine qua non de la pérdida del resultado esperado.
4. Sin embargo, en los casos clásicos que nos interesan, es posible no referir la duda al campo del vínculo causal y más bien, bajo la forma de áleas, insertarla, en cierta forma, en la definición de perjuicio. De esa manera, el perjuicio no es la pérdida de “ventaja esperada” (del resultado esperado) sino la pérdida de las posibilidades (de la “oportunidad”) o “chance”) que se tenían de lograr ese resultado.
5. Es posible por lo tanto, dependiendo de los casos, establecer una relación causal entre ese perjuicio así entendido y la culpa del agente. El razonamiento será el siguiente:

- a) ¿La víctima tenía una oportunidad? (pero se requiere que se trate solo de oportunidades, que exista un áleas).
- b) Está demostrado que por la culpa del agente y como consecuencia de ella, ¿la víctima no tuvo ya más esa oportunidad?
- c) Entonces el agente puede ser condenado a reparar ese perjuicio: la pérdida de la oportunidad.⁵²

Como ya se dijo, el elemento esencial de la pérdida de la oportunidad es el aleas, pues no se sabe si el beneficio se habría obtenido o si el daño se habría evitado de no haber mediado la conducta culposa, pero, en definitiva, la oportunidad de conocer ese resultado se perdió.

Para la Corte Suprema de Justicia, la oportunidad perdida es fuente de responsabilidad civil.

(...) La pérdida de una oportunidad cierta, real, concreta y existente al instante de la conducta dañosa para obtener una ventaja esperada o evitar una desventaja, constituye daño reparable en el ámbito de la responsabilidad contractual o en la extracontractual, los daños patrimoniales, extrapatrimoniales o a la persona en su integridad psicofísica o en los bienes de la personalidad por concernir a la destrucción de un interés tutelado por el ordenamiento jurídico, consistente en la oportunidad seria, verídica, legítima y de razonable probabilidad de concreción ulterior de no presentarse la conducta dañina, causa de su extinción.⁵³

Y considera⁵⁴ como elementos esenciales para su configuración que haya i) certeza acerca de la existencia de una oportunidad legítima, que sea seria, verídica, real y actual; ii) imposibilidad concluyente de obtener el provecho o evitar

⁵² CHABAS, François. La pérdida de una oportunidad (“chance”) en el derecho francés de la responsabilidad civil. Traducido por Fernando Moreno Quijano. En: Revista Responsabilidad Civil y del Estado. Septiembre, 2013, No. 33., Tomo II, 8-14 Ed, p. 55-76. ISSN 978-958-59104-2-3.

⁵³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala De Casación Civil. M.P: William Namén Vargas. Bogotá, 9 de septiembre de 2010. Expediente No. 17042-3103-001-2005-00103-01.

⁵⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala De Casación Civil. M.P: Margarita Cabello Blanco. Bogotá, 4 de agosto de 2014. Expediente No. 11001-31-03-003-1998-07770-01.

el detrimento y que iii) la víctima se encontrara en una situación fáctica y jurídicamente idónea para obtener el resultado esperado.

Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha desarrollado una línea jurisprudencial sólida, en relación con la definición de la pérdida de la oportunidad, la cual concreta de la siguiente manera:

La “pérdida de oportunidad” o “pérdida de chance” se refiere a aquellos eventos en los cuales una persona que se encontraba en situación de poder obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, le fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto o la conducta de este, que conlleva a no saber si dicha ganancia o beneficio se habría dado, pero que al mismo tiempo da la certeza de que se cercenó una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial, (...) generando así para el afectado el derecho de alcanzar el correspondiente resarcimiento. Así mismo, se ha precisado que la pérdida de oportunidad constituye una particular modalidad de daño, al coexistir en ella un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que de no haber ocurrido el hecho dañino el damnificado habría abrigado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre 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.⁵⁵

2.1.4 ¿Un asunto de daño o de causalidad? Vemos cómo el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia consideran que la pérdida de la oportunidad constituye un daño autónomo e independiente y cómo hacen referencia a la exigencia del carácter de daño cierto, al que se hizo alusión en el primer capítulo como una característica tanto del daño como del perjuicio.

Pero, “¿por qué esta exigencia? Porque si la existencia del perjuicio final dependiera aun del futuro, el perjuicio sería puramente eventual e hipotético, no

⁵⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M.P: Hernán Andrade Rincón. Bogotá, 3 de octubre de 2012. Expediente No. 25000-23-26-000-1998-3014-01 (23437).

pudiendo por tanto ser objeto de una indemnización que el futuro haría convertir en indebido (...) se puede afirmar que el demandante ha sufrido un perjuicio cierto, cuando prueba que se habrían presentado posibilidades serias de éxito”.⁵⁶ Es decir, el aleas que le es intrínseco a la pérdida de la oportunidad, no implica una aleatoriedad en la pérdida misma de la oportunidad; lo aleatorio está en no saber cuál habría sido el resultado en caso de no haberse presentado la conducta culposa del agente, mas no en la oportunidad perdida.

Queda claro entonces que se requiere certeza acerca de la oportunidad perdida, pero ¿se requiere un porcentaje mínimo para afirmar que la víctima sí tenía posibilidades de obtener el beneficio o de evitar el daño? La respuesta a dicho interrogante no es pacífica en el derecho comparado. Sin embargo, sí se ha dicho que se requiere que la oportunidad sea real o seria, requerimiento respecto del cual el porcentaje podría jugar un papel argumentativo importante. Este tema se abordará nuevamente al analizar el problema de identificar cuándo se está y cuándo no ante una pérdida de una oportunidad.

En este sentido, es importante traer a colación cómo en otros países sí se exige un juicio mínimo de verosimilitud para admitir la aplicación de la pérdida de oportunidad. Por lo general, un 50% en el derecho angloamericano, y hasta un 80% en países como Inglaterra. En estos ordenamientos se admite la aplicación de la doctrina de la probabilidad estadística, pero bajo el criterio de (more probable than not). Dicha teoría determina que para aquellos casos en que resulta imposible esperar certeza o exactitud material de relación de causalidad, el Tribunal debe dictar una sentencia desestimatoria cuando los elementos de juicio que le son suministrados conducen a un “grado suficiente de probabilidad” sobre todo cuando se trata de una “alta probabilidad”, esto, es, de una probabilidad próxima a la certeza (“probabilidad cualificada”). De manera que cuando es difícil determinar cuál ha sido la causa del daño (el acto médico o la patología de base), hay que acudir a la estadística, de tal forma que si la probabilidad estadística de que el daño haya sido ocasionado por el acto médico es sustancial, sí puede afirmarse que existe nexo causal entre el acto médico y el daño.⁵⁷

⁵⁶ HENAO PÉREZ, Op. Cit., p. 161.

⁵⁷ ASENSI PALLARÉS y CID-LUNA CLARES, Op. Cit., p. 235.

De otro lado, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo considera que “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”.⁵⁸ Sin embargo, un gran sector de la doctrina considera que la pérdida de la oportunidad no es más que un mecanismo para solucionar los problemas de ausencia de nexo causal entre el daño (pérdida del proceso judicial, no obtención del primer puesto en el concurso literario y muerte respectivamente, en los casos arriba enunciados) y la conducta culposa desplegada por el agente.

En este sentido, el autor español Luis Medina Alcoz señala:

El problema es que este modo de proceder, al ocultar el problema de fondo, impide la discusión abierta en torno al alcance que puede reputarse como adecuado o idóneo para la responsabilidad sin causa (suficientemente) acreditada dentro del Derecho español de daños. Por eso creo que es hora ya de llamar las cosas por su nombre y situar la teoría de la pérdida de oportunidad donde le corresponde: en la teoría de la causalidad, como subsistema de imputación probabilístico que funciona al lado del clásico y general de *todo o nada*. Sólo así puede plantearse en serio el debate en torno al campo operativo que debe corresponder a cada uno de los dos subsistemas.⁵⁹

Por su parte, el Dr. Javier Tamayo Jaramillo explica que en materia médica realmente se trata de un problema de incertidumbre causal y que dicha incertidumbre no traslada el problema a uno de pérdida de la oportunidad, por lo que ésta no es aplicable, así:

⁵⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M.P: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, 31 de agosto de 2006. Expediente No. 68001-23-31-000-2000-09610-01(15772).

⁵⁹ MEDINA ALCOZ, Luis. La responsabilidad proporcional como respuesta a la incertidumbre causal: ¿problema de daño, de causa o de prueba? (A propósito de las observaciones de Marina Gascón Abellán). En: Colección Conmemorativa Revista Responsabilidad Civil y del Estado IARCE. Tomo VI, 29-32 Ed, p. 307-338. ISSN 978-958-59104-6-1.

(...) la premisa es aparentemente simple y cierta: si el médico no hubiese actuado culposamente, el paciente habría tenido más posibilidades de recuperarse.

Sin embargo, casi unánimemente, la doctrina ha atacado esta solución, ataque que nosotros compartimos. En efecto, en el caso que nos ocupa no estamos realmente ante la pérdida de una oportunidad, según la concepción que de esta figura expusimos anteriormente. Se trata, simplemente de la imposibilidad o dificultad de establecer el nexo causal. Veamos porqué (sic): supongamos que, por imposibilidad probatoria, el médico es condenado sobre la base de la teoría de la pérdida de una oportunidad. Pero posteriormente aparece un método científico que le permite al médico establecer que no fue su conducta la causa del daño. En tales circunstancias, la duda sobre la relación de causalidad desapareció y, en consecuencia, habría que concluir que el médico no causó el daño. Como se ve, la imposibilidad de establecer la relación de causalidad no significa que el médico haya privado al paciente de la posibilidad de curarse. O bien esa culpa fue la causa del daño y el médico responde por la totalidad del daño, o bien esa culpa no tuvo incidencia causal en el daño y, entonces, el médico debe ser absuelto. Pero la imposibilidad de establecer lo uno o lo otro no convierte el problema en la pérdida de una oportunidad. Es un problema gnoseológico, mas no un problema real de cálculo de probabilidades.⁶⁰

Y es que la discusión no es infundada. Arriba se planteó que para Chabas⁶¹ uno de los presupuestos de la figura es la ausencia de nexo causal entre la conducta culposa y el daño final, por lo que pareciera que se utiliza como un mecanismo para suplir esa ausencia de nexo.

En los casos en los que es posible establecer un nexo causal entre la conducta y el daño, no hay duda alguna acerca de la configuración de la responsabilidad civil, de concurrir los demás elementos de la misma, pero pueden presentarse muchos casos limítrofes en los que no es suficientemente claro si la culpa es la causante del daño. Ante tales circunstancias, ¿podrá optarse por imputar una pérdida de la oportunidad o será necesario exonerar al señalado como responsable ante la ausencia de nexo causal? ¿Será que la pérdida de la oportunidad implica una

⁶⁰ TAMAYO JARAMILLO, Op. Cit., p. 289.

⁶¹ CHABAS, Op. Cit., p. 56.

objetivación de la responsabilidad médica al imputar responsabilidad por el actuar culposo sin un nexo causal con el daño? ¿La pérdida de la oportunidad es un indicio o una técnica de flexibilización de la carga probatoria?

El problema de fondo radica en dónde ubicar la pérdida de la oportunidad: en el hecho generador imputable (imputación), en el nexo causal o en el daño (o perjuicio). De la respuesta depende la forma de abordar todos los interrogantes planteados, aunque no garantiza una única forma de entenderlos.

Se descarta de entrada la ubicación de la pérdida de la oportunidad en el hecho generador imputable, pues aunque la figura requiere la existencia de una conducta que haya frustrado la obtención de un beneficio esperado o la evitación de un daño, este requisito no abarca la figura en su totalidad sino que hace alusión a uno de los supuestos generales de la responsabilidad civil. Inicialmente se planteó, según lo expuesto por Chabas, que se requiere que dicha conducta sea culposa, pero nada obsta a que un hecho generador imputable no culposo sea el causante de una oportunidad perdida.

Si se ubica en el nexo causal, utilizándola como algún tipo de mecanismo de aligeración de la carga probatoria, la figura no debería tener aplicación, pues implicaría desconocer uno de los elementos estructurales de la responsabilidad civil y conllevaría a condenar cualquier actividad culposa sin que exista certeza acerca de su incidencia en la producción del daño. Es decir, ubicarla en el nexo causal es aceptar una indemnización parcial ante la incertidumbre causal. Esto tendría numerosos efectos prácticos, pues como lo señala Luis Medina Alcoz⁶² aumentaría la presentación de demandas de responsabilidad civil infundadas con esta lógica, y desincentivaría el ejercicio de la práctica médica.

⁶² MEDINA ALCOZ, Luis. Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades. En: Revista de la asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro. Abril-junio, 2009, Vol. 30, p. 31-74. ISSN 1887-7001.

Si bien Chabas⁶³, en un apartado ya citado, expone que uno de los presupuestos de la pérdida de la oportunidad es la ausencia de nexo causal entre el daño final y la conducta culposa, dicho presupuesto no debe traducirse en la ubicación de la figura en el nexo causal sino como un requisito que permite identificar cuándo se está ante la pérdida de la oportunidad y cuándo ante un típico caso de responsabilidad médica, como se analizará en el apartado 2.2.1.

Finalmente, de ubicarse en el daño, este sería uno autónomo, consistente en la lesión a un interés jurídico protegido: la oportunidad de evitar un daño o de obtener un beneficio. Entender la pérdida de la oportunidad como daño, supone dos cosas: en primer lugar, aceptar que ese daño debe cumplir con todas las características del mismo para ser indemnizable y, en segundo lugar, supone aceptar que, en la mayoría de los casos, concurren dos daños y dos nexos causales diferentes. Un daño, el final, será por ejemplo la muerte, cuyo nexo causal con la conducta culposa del médico no alcanza el grado de certeza suficiente, y otro daño será la pérdida de la oportunidad de, en este caso, evitar la muerte, que sí tiene un nexo causal claro con la conducta del agente.

Pese a que el Consejo de Estado ha entendido la pérdida de la oportunidad como un daño autónomo, tal como se esbozó líneas atrás, no es menos cierto que, como lo afirma el Dr. Tamayo Jaramillo, ha aplicado la figura de forma intermitente en materia médica.

(...) el Consejo viendo que hay varias causas posibles sin que se pueda determinar cual (sic) de ellas es la verdadera, opta unas veces, por aplicar la teoría de la pérdida de la oportunidad, mientras en otras, da por probado el nexo causal a partir de la existencia de una culpa probada o presunta que constituye solo una probabilidad de nexo causal entre otras causas posibles; otras veces, absuelve al demandado, ya que ante varias causas posibles, considera que el demandante no aportó la prueba del nexo causal.

⁶³ CHABAS, Op. Cit., p. 56.

Finalmente, partiendo incluso de una falla presunta, ni siquiera se pregunta el fallo si el nexo causal es necesario, ni mucho menos si está probado o no. Es decir, existiendo la falla probada o presunta se da por descontado el nexo causal y en consecuencia condena al demandado. Dicho de otra forma, no tiene el Consejo de Estado una doctrina pacífica en relación con el tema de la pérdida de oportunidad, aunque a veces acude a dicha figura.⁶⁴

Sin embargo, la mejor forma de entender la pérdida de la oportunidad es concebirla como un daño autónomo, pues es la que permite superar muchas de las dificultades teóricas ya planteadas. De hecho, podría afirmarse que ubicarla en el daño es más o menos pacíficamente aceptado por la doctrina. Sin embargo, quedan varios interrogantes, a saber: teniendo en cuenta que casi ningún autor parte de la distinción entre daño y perjuicio, ¿técnicamente es un daño o se trata de un perjuicio?; ¿genera perjuicios extrapatrimoniales y patrimoniales, o genera una modalidad especial de perjuicio por “pérdida de la oportunidad”?; ¿cumple con la característica de certeza o es eventual o hipotético?; ¿es pasado, presente o futuro?; ¿si es un daño, es uno corporal, material o inmaterial?

2.1.5 La pérdida de la oportunidad y la distinción entre daño y perjuicio.

Recordando la distinción en los términos que se planteó en el primer capítulo, surge la inquietud de si la pérdida de oportunidad se trata de un daño en sentido estricto o si es realmente el perjuicio, es decir, es la alteración que se produce en el mundo exterior o es la disminución patrimonial, en sentido amplio, que sufre la víctima.

El jurista Juan Carlos Henao, propone una clasificación del perjuicio partiendo de un criterio de clasificación: la consolidación. Así, habla de perjuicios consolidados y perjuicios no consolidados, es decir, futuros, los cuales pueden derivarse de una

⁶⁴ TAMAYO JARAMILLO, Op. Cit., p. 290.

situación existente o de una inexistente. Al desarrollar estos últimos, se refiere a la pérdida de la oportunidad, así:

En estas hipótesis el juez analiza la existencia del perjuicio en relación con situaciones inexistentes al momento en que debe calificar la certeza. En estos casos, el juez debe pronunciarse a partir de supuestos que, según el demandante, se habrían de producir de no haberse interpuesto el hecho dañino. La situación por calificar no existe, y el juez cuenta solamente con datos que son anteriores a la situación misma. El juez debe, por lo tanto, calificar primero los elementos que le permiten saber si la hipótesis se habría de presentar normalmente, justo en razón de que no va a expresarse nunca en la realidad. El juego de probabilidades se encuentra así en el orden del día y le permite al juez llegar a la certeza de una situación que debe construir a partir de las posibilidades de que se presente. El caso típico de esta situación, lo constituye la pérdida de la oportunidad que, al decir de la doctrinante Sallet, “es un instrumento para medir la certeza del perjuicio” que “será considerado (o no) como suficientemente consolidado para ser reparable, según el mayor o menor grado de certeza que se permita predicar de la pérdida de la oportunidad” en este caso el demandante afirma que por no haber tenido la posibilidad u oportunidad se le causó el perjuicio: “si yo hubiera tenido la oportunidad de hacer X, Y se habría presentado; pero como nunca fue así, Y nunca se presentó”. En estos casos, a diferencia de los estudiados (aquellos en los que el perjuicio deriva de una situación consolidada), el juez no puede contar con la situación Y. La pérdida definitiva de la oportunidad se convierte así en la causa del perjuicio (...) ⁶⁵

El autor, que como vimos es partidario de la utilidad de diferenciar daño de perjuicio, al hablar de perjuicios futuros desarrolla la pérdida de la oportunidad de manera tal que parece concluirse que la clasifica como un verdadero daño. La posición mayoritaria de la doctrina y de la jurisprudencia efectivamente considera que se trata de un daño que consiste en haber perdido la oportunidad, y este puede generar perjuicios de diferente índole a la víctima. Incluso, el Consejo de Estado al condenar por pérdida de la oportunidad ha considerado que la

⁶⁵ HENAO PÉREZ, Op. Cit., p. 161.

indemnización no es incompatible con los perjuicios morales y ha condenado a ambos rubros⁶⁶.

¿Pero, es futuro el daño o sus perjuicios? La respuesta la analiza el profesor Martín Giovanni Orrego de la siguiente manera:

Para la teoría general de la responsabilidad civil, existen dos tipos de perjuicios dependiendo de la fecha en que se sitúe el operador jurídico, como ya se expuso en líneas anteriores, los actuales, son los que ya se materializaron a la fecha, los segundos, son los que en la misma fecha se reconocen como hechos futuros ciertos. Estos dos tipos de perjuicios pueden ser a su vez de dos clases: el daño emergente y el lucro cesante. La diferencia encontrada entre los perjuicios actuales y futuros, radica entonces, en que para los perjuicios futuros el operador jurídico deberá suponer situaciones a falta de pruebas o elementos de juicio, mientras que para los perjuicios actuales, se cuenta con mucho más elementos para determinar las indemnizaciones, sin embargo, esto no significa que no haya que hacer suposiciones en el caso de los perjuicios actuales. Contrario a lo expuesto por el Juan Carlos Henao, Luis Medina,⁶⁷ considera que al revisar las estadísticas, nos encontramos que normalmente las pérdidas de oportunidad consideradas indemnizables, son las ya consumadas o los daños actuales, pues las pérdidas de oportunidades futuras parecen ser un tanto hipotéticas como para abrirles campo como indemnizaciones.⁶⁸

Nuevamente la confusión se genera por no clasificar la pérdida de la oportunidad como daño o como perjuicio. Si se parte de que el daño es la pérdida de la oportunidad y de que la certeza alude al daño propiamente, para que haya lugar a una indemnización, la oportunidad debe estar irremediadamente perdida, de lo contrario el carácter aleatorio impediría su indemnización pues lo convertiría en un daño meramente hipotético o eventual.

⁶⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M.P: Hernán Andrade Rincón. Bogotá, 14 de marzo de 2013. Expediente No. 25000-23-26-000-1999-00791-01(23632).

⁶⁷ MEDINA ALCOZ, Luis. La teoría de la pérdida de oportunidad. Thomson, 2007.

⁶⁸ ORREGO MOSCOSO, Martín Giovanni. La pérdida de oportunidad. Buenos Aires, 2014, p. 11. Trabajo de módulo (Doctor en Derecho). Universidad Nacional de Buenos Aires. Facultad de Derecho.

Bajo esta argumentación, la oportunidad perdida, entendida como daño debe ser cierta. En cuanto a que pueda ser actual, pasada o futura, según se analizó en el primer capítulo, al hablar de esta clasificación realmente se hace alusión al perjuicio y no al daño. Por lo que, si bien la oportunidad como daño ya debe estar perdida, podría dar lugar a perjuicios pasados, presentes o futuros, dependiendo del momento en el que se efectúe el análisis por parte del operador jurídico.

Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado parece dejar la puerta abierta a que la pérdida de la oportunidad pueda considerarse como un daño o perjuicio (sin hacer la distinción) futuro. En sentencia del 2002, esta Corporación afirmó que la “pérdida de oportunidad en ocasiones es un perjuicio actual y en otras un perjuicio futuro. Invocada la posibilidad de un perjuicio cuya realización no puede constatarse, la incertidumbre subsistirá por siempre pero la oportunidad existía, se perdió y en forma definitiva”.⁶⁹

De otro lado, si se trata del daño, atendiendo a su triple clasificación de daño corporal, material e inmaterial, al ser la oportunidad un bien jurídico inmaterial, se tratará de un daño inmaterial. Sin embargo, puede plantearse una situación en la que la pérdida de la oportunidad se derive de un daño corporal o de uno material, siendo realmente el perjuicio. Por estas y otras razones, pese al análisis precedente y a la posición clara de la jurisprudencia, la cual no parte de la distinción, no es tan claro que la pérdida de la oportunidad sea siempre un daño y no un perjuicio, especialmente en materia médica.

Veamos algunos ejemplos. Supóngase que un paciente consulta por un dolor en la rodilla y durante la atención médica, por una conducta culposa, se le causa una lesión en el pie. Dicho paciente estaba inscrito en una competencia de atletismo y

⁶⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M.P: Jesús María Carrillo Ballesteros. Bogotá, 24 de enero de 2002. Expediente No. 25000-23-26-000-1994-9875-01(12706).

al día siguiente iba a concursar en una carrera. Bajo este supuesto, podría afirmarse que el daño constituye la lesión en el pie, como daño corporal, que puede generar perjuicios tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, siendo uno de ellos la pérdida de la oportunidad de concursar en la carrera. Sin embargo, en el evento en el que un paciente con cáncer, no es diagnosticado a tiempo y finalmente muere, ¿cuál es el daño imputable? No puede ser la muerte porque como ya se estudió, en relación a esta no hay un nexo causal claro. ¿Será la violación a un interés legítimo que tiene el paciente de ser diagnosticado a tiempo? O más bien ¿es la pérdida de la oportunidad y esta a su vez genera perjuicios como el daño moral? En este caso, el daño sería la pérdida de la oportunidad de sobrevivir, como daño inmaterial, que a su vez puede generar diferentes tipos de perjuicios.

El profesor Martín Giovanni Orrego explica: “es que la denominación de pérdida de oportunidad (“chance”) genera confusión, ya que gramaticalmente podríamos entender que la “pérdida de oportunidad” recae en el daño, cuando de lo que se trata es de las consecuencias del daño que generan ciertamente la “pérdida de oportunidad” de obtener una ventaja que no era seguro que la víctima la conseguiría”.⁷⁰

La distinción tiene efectos teóricos y prácticos. Si la pérdida de la oportunidad es el daño, entonces ¿qué es lo que se indemniza?, ¿se crea una nueva categoría de perjuicio?, ¿será la pérdida de la oportunidad siempre un daño inmaterial puro, o puede derivarse de daños como el material o el corporal y ser un perjuicio? De otro lado, si la pérdida de oportunidad es el perjuicio, entonces ¿cuál es el daño? Y ¿habrá nexo causal con ese daño?, ¿implica esto que para que haya responsabilidad civil por pérdida de oportunidad se requiere no solo del daño sino también del perjuicio y un nexo causal con ambos?

⁷⁰ ORREGO MOSCOSO, Op. Cit., p. 12.

Tal vez todos estos interrogantes permitan concluir una de dos cosas: o la distinción entre daño y perjuicio genera más inconvenientes que utilidades en materia de pérdida de oportunidad, y no debería aplicarse, o se acepta que dependiendo del caso concreto, la pérdida de la oportunidad podrá ser el daño o podrá ser el perjuicio o incluso ambos.

A pesar de los vacíos, se concluye que la pérdida de la oportunidad es un daño o un perjuicio, que consiste en la privación de la posibilidad de obtener un beneficio o de evitar un daño, causada por una conducta culposa del responsable.

2.1.6 Trasposición de la teoría de la pérdida de la oportunidad a la responsabilidad médica en particular. Los planteamientos generales de la teoría son los mismos en responsabilidad médica que en otros tipos de responsabilidad civil, sin embargo, hay algunas precisiones o particularidades importantes en relación a su aplicación en la responsabilidad civil médica, a las que vale la pena hacer referencia.

En primer lugar, es importante resaltar que en materia médica, la pérdida de la oportunidad ha tenido mucho desarrollo en países como Francia, Estados Unidos y Colombia. Como afirma Mauricio Tapia Rodríguez⁷¹, se utiliza en este ámbito en particular como un instrumento de equidad. Así, el paciente, aunque teóricamente debe cargar con la totalidad del daño que no tiene nexo causal con la conducta culposa, puede obtener una indemnización plena por haber perdido la oportunidad. Y, en el otro extremo de la relación jurídica, el médico no tendrá que asumir un daño sin nexo causal con su conducta, pero sí deberá asumir las consecuencias de su hecho culposo.

⁷¹ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Pérdida de una oportunidad ¿Un perjuicio indemnizable en Chile? En: ENCUENTRO INTERNACIONAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL IARCE (X: 2015: Bogotá) 32 p.

En responsabilidad médica, lo que se presenta normalmente es un hilo causal en curso que no es interrumpido por el médico para lograr obtener la curación o evitar la muerte o lesiones corporales del paciente. “Es así como hablaremos de la pérdida de una oportunidad de sobrevivir para aquel que no tiene sino *oportunidades de no morir*”⁷², y de la pérdida de la oportunidad de curación para aquel que tiene oportunidades de curarse. Si bien no se descarta la pérdida de la oportunidad de obtener un beneficio, en la práctica, normalmente los casos de responsabilidad médica atienden a la no evitación de un daño.

Sin embargo, el Consejo de Estado parece ir más allá, para aplicar la teoría incluso en aquellos casos de responsabilidad médica en los que el paciente no tenía expectativas de mejoría, aplicación evidentemente errónea. Esta extensión fue expuesta en sentencia del 2011, así:

La Corporación en materia de responsabilidad médica acogió en su jurisprudencia, la tesis de la *“pérdida de un chance u oportunidad”*, consistente en que la falla en la prestación del servicio de salud configura responsabilidad, por el sólo hecho de no brindar acceso a un tratamiento, **incluso si desde el punto de vista médico la valoración de la efectividad del mismo, muestra que pese a su eventual práctica (es decir si se hubiera practicado y no se hubiera incurrido en la falla en la prestación del servicio), el paciente no tenía expectativas positivas de mejoría.** (Negrita añadida)⁷³

Si el paciente ni siquiera tenía expectativas, no existe oportunidad perdida que indemnizar. Pareciera más admisible que en estos eventos se condene por la violación al derecho a la salud, como derecho extrapatrimonial, pero no pueden entenderse como configurativos de una pérdida de oportunidad.

⁷² CHABAS, Op. Cit., p. 61.

⁷³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M.P: Hernán Andrade Rincón. Bogotá, 8 de junio de 2011. Expediente No. 19001-23-31-000-1997-03715-01(19360).

Son numerosos y variados los casos que pueden presentarse de pérdida de oportunidad en responsabilidad médica, especialmente, por el gran abanico de causas que puede identificar la ciencia ante determinada situación del paciente. Recordando las diferentes etapas del acto médico expuestas en el primer capítulo, se concluye que la pérdida de la oportunidad puede ubicarse en cualquiera de ellas, siendo lo más común que se presente una pérdida de oportunidad por tardanza en la atención y por el error de diagnóstico, pues de él se desprende la elección y aplicación de tratamiento, y al no haber un diagnóstico adecuado, normalmente se pierde la oportunidad de curación o de evitar la muerte. Sin embargo, debe tenerse cuidado, pues el error de diagnóstico o la tardanza en la atención pueden ser la causa del daño final, y en este caso, no se estaría, en principio, propiamente ante la pérdida de una oportunidad sino frente a una responsabilidad total por la muerte o las lesiones.

Atendiendo a la exigencia de una conducta culposa para que se configure la pérdida de la oportunidad, recordemos que se trata de una obligación de medio y no de resultado, por lo que el médico está obligado a poner al servicio del paciente todos sus conocimientos técnicos y científicos, según lo determine la *lex artis*. La falta de diligencia y cuidado, la negligencia, la impericia y la violación de reglamentos técnicos constituye entonces el hecho generador imputable.

Sin embargo hay que hacer una precisión. Si bien la teoría se construye a partir de la existencia de una conducta culposa, dicha exigencia responde al sistema de imputación aplicable por regla general en materia médica, el cual se basa en la obligación principal contraída por el médico: el sistema subjetivo o por culpa probada. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en la actividad médica pueden confluir obligaciones de medio y de resultado y nada impide que el incumplimiento de una obligación de resultado sea el causante de que se pierda la oportunidad, caso en el cual la diligencia y cuidado no será el criterio de imputación y, por tanto, no exonerará al demandado. Así, por ejemplo, de realizársele un examen

diagnóstico de VIH a un paciente, examen respecto del cual se establece que no existe ningún .aleas, cuyo resultado sea un falso negativo (el examen da negativo cuando en realidad el paciente sí sufre de VIH), el paciente perderá la oportunidad de recibir el tratamiento médico adecuado como consecuencia del incumplimiento de una obligación de resultado.

A su vez, esa conducta debe ser la causante del daño: la pérdida de la oportunidad. Esto significa que la figura no implica una ausencia de prueba del nexo causal, por el contrario, el demandante deberá probar que la conducta culposa efectivamente causó que su oportunidad se perdiera definitivamente.

Así mismo, deberá probar el daño y el perjuicio y, dependiendo del caso concreto, la pérdida de la oportunidad podrá ser el uno, el otro, o incluso ambos. En caso de que la pérdida de la oportunidad sea el perjuicio, deberá probarse el daño que la causó y su respectivo nexo causal.

Por su parte, el señalado como responsable, podrá exonerarse de responsabilidad acreditando al menos alguna de las situaciones planteadas al estudiar los sistemas de imputación. Para el subjetivo, diligencia y cuidado en su actuar, la ausencia de daño o de nexo causal, una causa extraña o un hecho justificativo.

En caso de configurarse una responsabilidad civil médica por pérdida de oportunidad, la consecuencia jurídica será declarar la obligación de indemnizar. Cómo cuantificar dicha indemnización tendrá que ser diferente a la manera de cuantificarla cuando lo que se indemniza no es la oportunidad perdida sino el daño final (muerte) y será analizado más adelante en este capítulo.

2.2. PROBLEMAS TEÓRICOS Y PRÁCTICOS DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN MATERIA MÉDICA

2.2.1. Problema de identificación. Tal vez el mayor inconveniente que presenta la pérdida de la oportunidad es lograr identificar en un caso concreto de responsabilidad médica cuándo se está ante ella y cuándo no. Esto, teniendo en cuenta que rara vez el demandante fundamenta sus pretensiones en una pérdida de oportunidad, las cuales, por el contrario, suelen ser fundamentadas en el daño final: la falta de curación, las lesiones o la muerte. El problema de la congruencia de la sentencia será analizado con posterioridad, por ahora nos concentraremos en el problema de identificación.

Son varios los interrogantes que se pueden formular al respecto, entre ellos, **i)** ¿Cómo saber si se está ante una ausencia de nexo causal y por tanto, de responsabilidad civil por el daño final, o ante una oportunidad perdida? **ii)** ¿En eventos en los que el ejercicio de la oportunidad dependía únicamente de la víctima, como ocurre ante la ausencia de consentimiento informado, puede configurarse una pérdida de oportunidad? **iii)** ¿Se requiere algún porcentaje mínimo de oportunidad para imputar responsabilidad por la pérdida de esta? **iv)** ¿Cómo diferenciar si se trata de un lucro cesante o de una pérdida de oportunidad? A continuación se hará una aproximación a estas problemáticas para luego concluir cómo abordarlas **(v)**.

- **El problema de la identificación del daño (i).** Normalmente, en los hechos de la demanda se narra un error de diagnóstico, una atención tardía o una deficiente prestación médica como hecho generador, pero ¿cómo identificar realmente cuál es el daño?

Al estudiar el concepto de pérdida de oportunidad, se concluyó que lo más sensato parece ser que es incorrecto identificarla con la causalidad y que, más bien, debe ubicarse en el daño o perjuicio. El problema es que en la práctica, en los diferentes países en los que se aplica la teoría, la manera de identificar la pérdida de la oportunidad en los casos fronterizos, se determina, básicamente, a partir de los siguientes interrogantes, excluyentes entre sí: ¿la conducta culposa es la causa del daño entendido como muerte, lesiones o ausencia de curación? En caso afirmativo, se está ante una responsabilidad civil médica pero no por pérdida de oportunidad. En caso negativo, en principio no hay lugar a declarar la responsabilidad, pero podría pensarse en la existencia de una oportunidad perdida como el fundamento de la misma, caso en el cual se formula, solo de manera subsidiaria, la siguiente pregunta: ¿la conducta culposa causó que se perdiera la oportunidad de curación o supervivencia?

Cuando, en teoría, el interrogante que debería plantearse desde un principio debería ser: ¿la conducta culposa causó que la víctima perdiera alguna oportunidad tutelable por el ordenamiento jurídico? Si la oportunidad perdida se reconoce como daño independiente y autónomo, en principio no debería ser incompatible con el daño final, pues un mismo hecho puede generar varios daños. Sin embargo, como ya se explicó, el juicio de responsabilidad implica analizar también el nexo causal y si respecto del daño final no existe este, no se puede condenar por ese daño. Por el contrario, de existir el nexo, no hay ninguna oportunidad perdida ni incertidumbre alguna, sino un daño final directamente imputable al responsable, por lo que había lugar a condenar por ese daño mas no por la oportunidad perdida.

Se ha dicho que no es posible condenar por pérdida de oportunidad y al mismo tiempo por el daño final. La razón es que ambos daños son excluyentes pues si bien desde la perspectiva de la víctima existen dos daños diferentes (por ejemplo, la muerte y la pérdida de la oportunidad de sobrevivir), desde la perspectiva del

responsable únicamente uno de ellos fue causado por su actuación y solo por ese podrá ser condenado. Así, o el médico causó la muerte de su paciente con su conducta negligente o esta se debió a otros factores, caso en el cual el único daño causado por el médico fue el impedir de manera definitiva que el paciente pudiera sobrevivir.

Tal vez es por los casos que hacen parte de la famosa “zona de penumbra” y su manera de ser resueltos en la práctica que un gran sector de la doctrina, tal como se expuso, considera que se trata de un problema de ausencia de nexo causal, resuelto acudiendo a la teoría de la pérdida de la oportunidad. En estos casos es imperativo identificar claramente cuál fue el daño que verdaderamente causó el responsable: el daño final o la pérdida de la oportunidad.

Así, a pesar de no ubicar la pérdida de la oportunidad en el nexo causal, no puede pretenderse omitir el análisis del mismo, pues este es uno de los supuestos de hecho de la responsabilidad civil. Por lo tanto, ante su ausencia, no podrá condenarse a reparar el daño final, pero puede estudiarse, sin que eso implique identificar la pérdida de la oportunidad con un mecanismo para suplir la ausencia de nexo, la existencia de otro daño autónomo tal como lo es la pérdida de la oportunidad, respecto del cual debe existir un nexo de causalidad.

Además de lo expuesto, deben tenerse en cuenta las condiciones propias del paciente, las cuales son determinantes a la hora de diferenciar cuál es el daño realmente causado en un caso concreto. Así, solo los pacientes cuya enfermedad en el curso normal de las cosas es apta por sí misma para causar el daño final, incluso con el tratamiento médico oportuno, verdaderamente están en situación de oportunidad. Por tanto, es la situación del paciente la que permite identificar si está o no ante un evento de pérdida de la oportunidad en materia de responsabilidad médica.

- **Los eventos de la pérdida del derecho de opción de la víctima (ii).** De otro lado, ¿qué pasa cuando la oportunidad dependía únicamente de la voluntad de la víctima? ¿Pueden tratarse estos casos como una pérdida de la oportunidad? En materia médica, el caso más frecuente se presenta ante la ausencia de consentimiento informado, pues podría pensarse que el someter al paciente a un procedimiento sin informarle los riesgos, conlleva a que este pierda la oportunidad de decidir si rechazarlo o aceptarlo. La solución adoptada en Francia ante esta cuestión puede resumirse así:

La tendencia de la doctrina francesa (aunque existen opiniones disonantes), y de gran parte de la jurisprudencia, es a no considerar como chance indemnizable una situación que dependía de la propia voluntad de la víctima. El ejemplo típico es el médico que olvida informar a la víctima acerca de los riesgos de una intervención que luego le genera una agravación de su estado o la muerte. En tal caso, difícilmente podemos considerar un elemento aleatorio la eventual reacción (decisión) de la víctima de no haberse cometido esta falta: ¿habría optado por abstenerse de realizar la intervención o habría corrido de todas formas el riesgo? En verdad, en este caso, no pueden efectuarse cálculos sobre la chance, sino especulaciones acerca de la posible decisión de la víctima.⁷⁴

El argumento más importante señalado en el texto transcrito es que a lo sumo, se pueden realizar especulaciones acerca de lo que habría decidido el paciente, pero es muy difícil calificar esa decisión, que puede depender de muchísimos factores, conocidos unos y desconocidos otros, como un aleas tal como el que exige la oportunidad perdida. Además, en búsqueda del interés propio, el paciente siempre va a alegar que su decisión habría sido diferente.

Sin embargo, el Consejo de Estado, en uno de sus fallos, condenó a la entidad demandada (Hospital Militar Central) “por entender que incurrió en una falla en la prestación del servicio a su cargo al incurrir en una omisión en el deber de información al paciente que le impidió a éste optar por someterse o rehusar la

⁷⁴ TAPIA RODRÍGUEZ, Op. Cit., p. 8.

intervención médica, con lo cual se le privó de “la oportunidad de no resultar afectado por una intervención que podía aceptar o no (...)”⁷⁵ En el fallo, la corporación afirmó:

En este orden de ideas, y conocidos los resultados, que por cierto sirven de fundamento a esta demanda, habrá de CONDENARSE a la demandada por falla en la administración del servicio, que se repite, no consiste en falencia en la atención diligente y científica, sino por la omisión en el deber de información al paciente, hecho que le impidió optar por someterse o rehusar la intervención médica y con ello perdió la oportunidad de no resultar afectado por una intervención que podía aceptar o no. En el caso sub análisis, la oportunidad habría consistido, si no en curarse, sí en no agravarse y mantenerse en el estado en que se encontraba, y que se los demandantes valoran como superior a aquel en que el paciente quedó luego de la intervención a la cual fue sometido sin la suficiente ilustración sobre el grave riesgo que corría.⁷⁶

Pese a lo anterior, en esta ocasión, se condenó a pagar la totalidad de los perjuicios generados (patrimoniales y extrapatrimoniales) por el estado de salud del paciente-demandante, como si éste fuera el daño y no la simple pérdida de la oportunidad de decidir.

La ausencia de consentimiento informado ha sido tratada por la Corte Suprema de Justicia, no como un problema de pérdida de oportunidad, sino como uno de asunción de riesgos. Así, el médico que no informa los riesgos, no los traslada al paciente y, por tanto, de materializarse alguno de ellos, es el quien corre con los mismos, pues, a consideración de la Corte, existe nexo causal entre el hecho y el daño.⁷⁷ A pesar de las críticas que puedan formularse a esta postura en relación a

⁷⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M.P: Hernán Andrade Rincón. Bogotá, 14 de marzo de 2013. Expediente No. 25000-23-26-000-1999-00791-01(23632).

⁷⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M.P: Jesús María Carrillo Ballesteros. Bogotá, 24 de enero de 2002. Expediente No. 25000-23-26-000-1994-9875-01(12706).

⁷⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala De Casación Civil. M.P: William Namén Vargas. Bogotá, 17 de noviembre de 2011. Expediente No. 11001-3103-018-1999-00533-01.

la existencia de nexo de causalidad entre la falta de información y la materialización del riesgo, en todo caso es claro que existe una afectación al derecho del paciente de decidir libremente sobre su cuerpo y su vida.

El consentimiento informado no debe tratarse como un problema de pérdida de la oportunidad, pues, tal como lo explica Luis Felipe Giraldo Gómez⁷⁸, en este caso se está frente a un derecho autónomo que tiene el paciente de decidir si se somete o no a determinada intervención o procedimiento; su ejercicio depende de la voluntad de la persona y no de un evento aleatorio como el que se exige en la teoría de la pérdida de la oportunidad.

Por tanto, será muy difícil calificar la responsabilidad como una por pérdida de la oportunidad cuando lo aleatorio en realidad dependía únicamente a la voluntad de la víctima.

- **Porcentajes mínimos de oportunidades perdidas (iii).** Otra dificultad a la hora de determinar si se está ante una pérdida de la oportunidad indemnizable consiste en la exigencia o no de un porcentaje mínimo de oportunidad en cabeza de la víctima demandante para poder afirmar que esta tenía una oportunidad tutelada por el ordenamiento jurídico.

Los abogados Samuel Yong y Camilo A. Rodríguez Yong⁷⁹, hacen un buen recuento de las dos posiciones que existen sobre este punto. Partiendo de una teoría ontológica del perjuicio patrimonial aplicable a la pérdida de la oportunidad, señalan que esta se divide en una teoría moderada y una radical.

⁷⁸ GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe. Los perjuicios derivados del incumplimiento del deber de solicitar el consentimiento informado al paciente. En: Investigaciones Andina. Enero-junio, 2013, Vol. 15, No. 26, p. 700-715. ISSN 0124-8146.

⁷⁹ YONG, Samuel y RODRÍGUEZ YONG, Camilo A. Pérdida de oportunidad. En: Via Inveniendi Et Iudicandi. Julio- diciembre, 2011, Vol. 6, No. 2, 12 ed., 36 p. ISSN 1909-0528.

La primera de ellas propugna por una indemnización parcial cuando la oportunidad tenía cierto grado de probabilidad de alcanzarse; tales porcentajes varían dependiendo del sistema jurídico que se trate, así: entre el 15 % y el 50 % para el derecho anglosajón y el 80 % para países del continente europeo. Por lo que las oportunidades cuyo porcentaje era inferior o superior a los mencionados, no serán indemnizadas como oportunidad, aplicándose la regla del todo o nada.

La segunda, considera que cualquier oportunidad perdida es indemnizable, independientemente de rango de probabilidad en el que se encontraba la víctima de obtener el beneficio o de evitar el daño.

Partiendo de que la oportunidad en sí misma es un interés jurídico tutelable, la respuesta a esta pregunta necesariamente debe ser la ofrecida por la segunda teoría expuesta, es decir, que se indemniza la oportunidad, independientemente del porcentaje que se tuviera de obtener el beneficio o de evitar el daño. Pese a lo anterior, no puede afirmarse que el porcentaje sea irrelevante, pues, como se verá, puede ser tenido en cuenta a la hora de determinar la seriedad de la oportunidad y es utilizado para cuantificar el perjuicio cuando se condena por este daño o a este perjuicio.

Sin embargo, podría plantearse una crítica importante, pues esto conllevaría a condenar al médico incluso en aquellos eventos en los que lo único que hizo fue aumentar el riesgo.

Como sugiere KING, tan cuestionable es indemnizar con el 100% a quien sólo tenía un 95% de probabilidades de supervivencia como indemnizar estas probabilidades estadísticas reducidas. No obstante, en estos casos el requisito causal se diluye y la indemnización de oportunidades muy reducidas lleva a condenar al médico por el mero incremento del riesgo de

sufrir un daño para el paciente, acaso insignificante, lo que contradice los principios de la responsabilidad civil médico-sanitaria.⁸⁰

Y uno de los presupuestos básicos expuestos por Chabas es que “está entonces prohibido, sobre todo, recurrir a la teoría de la pérdida de una oportunidad cuando el médico no ha hecho más que aumentar un riesgo”.⁸¹ Por lo que, si bien el porcentaje no es lo determinante, sí podrá tenerse en cuenta para determinar si efectivamente se perdió una oportunidad real y seria o si simplemente se aumentó el riesgo.

Para concluir que no debe acudir a la pérdida de la oportunidad cuando lo único que se ha hecho es aumentar el riesgo, Chabas⁸² partió de un fallo del 27 de marzo de 1973 de la Sala Primera Civil de la Corte de Casación de Francia, en el que se discutía la responsabilidad de un médico por la pérdida de la oportunidad de uno de sus pacientes de sobrevivir. En esa ocasión el médico accionado, no verificó que el estómago de su paciente se encontrara vacío antes de ingresarlo al quirófano. En la sentencia mencionada, se condenó al médico por la pérdida de la oportunidad pese a que no se demostró que ella se derivara de la actuación culposa del médico y existían dudas de que la muerte del paciente se hubiese debido a causas naturales. Así mismo la Corte de Casación no tomó en cuenta que el paciente no solo tenía algunas sino que tenía todas las oportunidades de seguir viviendo y por tanto el daño no podía ser la pérdida de la oportunidad sino la muerte misma.

En ese sentido Chabas concluyó que deben excluirse de la teoría de la pérdida de la oportunidad aquellos casos en los que el médico únicamente aumenta el riesgo pero no causa su materialización.

⁸⁰ LUNA YERGA, Álvaro. Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria. En: InDret. Revista para el análisis del Derecho. Mayo, 2005, p. 1-18. ISSN 1698-739X.

⁸¹ CHABAS, Op. Cit., p. 39.

⁸² *Ibid.*, p. 38.

El Consejo de Estado ha condenado con fundamento en la pérdida de la oportunidad aun sin analizar el porcentaje que tenía la víctima de obtener el beneficio o de evitar el daño, y partiendo de que considera esta institución como daño autónomo, no tendría sentido que exigiera porcentaje alguno.

Para esta Corporación, el problema de identificación ha sido un verdadero problema. Como ya se señaló, en ocasiones exonera de responsabilidad por la falta de nexo causal con el daño alegado, otras veces, condena por pérdida de oportunidad ante la falta de dicho nexo, otras, identifica como daño el daño final (muerte, lesiones, etc.) y no la oportunidad perdida. También ha condenado por pérdida de oportunidad pero ha otorgado el 100% de la indemnización, como si se tratara del daño final. A pesar de esto, en sentencia del 2014, consignó ciertos límites a la aplicación de la figura, así:

Por otra parte, con el fin de precisar los alcances de la noción de ‘pérdida de oportunidad’ conviene identificar con la mayor claridad posible sus límites: así, de un lado, en caso de que el ‘chance’ constituya en realidad una posibilidad muy vaga y genérica, se estará en presencia de un daño meramente hipotético o eventual que no resulta indemnizable y, de otro lado, no puede perderse de vista 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 eludir, los cuales constituyen rubros distintos del daño. En consecuencia, la oportunidad difuminada como resultado del hecho dañoso no equivale a la pérdida de lo que estaba en juego, sino a la frustración de las probabilidades que se tenían de alcanzar el resultado anhelado, probabilidades que resultan sustantivas en sí mismas y, por contera, representativas de un valor económico incuestionable que será mayor, cuanto mayores hayan sido las probabilidades de conseguir el beneficio que se pretendía, habida consideración de las circunstancias fácticas de cada caso.⁸³

⁸³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Bogotá, 12 de febrero de 2014. Expediente No. 88001-23-31-000-2005-00050-01(34125).

Ahora, si bien el porcentaje no es lo determinante, sí debe tratarse de una oportunidad real y seria, no de cualquier tipo de oportunidad. Todos tenemos la oportunidad de ser cantantes profesionales, pero no por eso esa oportunidad se convierte automáticamente en indemnizable en caso de ser perdida.

Al respecto, debe decirse que no se cuenta con una fórmula matemática que permita identificar cuándo se está ante una oportunidad concreta, real y seria, por lo que deberá analizarse cada caso concreto y realizar una buena argumentación, teniendo en cuenta si se trata del daño o del perjuicio. En ocasiones, la persona ya se encuentra inmersa en un curso causal, el cual se puede interrumpir para evitar un daño o el cual probablemente conlleve a obtener un beneficio. Por ejemplo, el paciente contrae una bacteria y el médico puede, o interrumpir el curso causal y evitar el daño, o no interrumpirlo satisfactoriamente.

En otros casos, la situación es más lejana y esa lejanía hace que el aleas incrementa de manera tal que no pueda considerarse una oportunidad real y cierta. A manera de ejemplo, tomemos un paciente al que le realizan una cirugía en el pie y por un error médico queda con ciertas molestias al caminar. Este paciente alega que perdió la oportunidad de viajar y caminar sin problemas por Europa en 2 años. ¿Será que ese perjuicio concreto es indemnizable? Más bien parece indemnizable un daño a la vida en relación o un daño moral, pero no una pérdida de la oportunidad, que en este caso, sería el perjuicio y no el daño.

Finalmente, habrá casos hipotéticos o imaginarios que definitivamente descartan la aplicación de la figura. Piénsese en el caso en el que un paciente de 70 años, al que le dañan las cuerdas vocales, alega que perdió su oportunidad de realizar su gran sueño de ser cantante (perjuicio), cuando ni siquiera tenía conocimientos musicales básicos.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 2014 precisó que no cualquier oportunidad perdida es tutelable, incluyendo dentro de los criterios de identificación, la lejanía de la misma, así:

Por lo tanto, es indispensable precisar que la pérdida de cualquier oportunidad, expectativa o posibilidad no configura el daño que en el plano de la responsabilidad civil, ya sea contractual, ora extracontractual, es indemnizable. Cuando se trata de **oportunidades débiles, incipientes, lejanas o frágiles**, mal puede admitirse que, incluso, de continuar el normal desarrollo de los acontecimientos, su frustración necesariamente vaya a desembocar en la afectación negativa del patrimonio o de otro tipo de intereses lícitos de la persona que contó con ellas.⁸⁴ (negrita añadida)

Así las cosas, se concluye que, al ser la pérdida de la oportunidad un daño indemnizable en sí mismo, no requiere un porcentaje mínimo de probabilidad de materialización del beneficio o de evitación del daño. Sin embargo, esto no significa que el porcentaje sea insignificante al analizar la figura, pues puede tenerse en cuenta para determinar si realmente se trataba de una oportunidad real y sería protegida por el ordenamiento jurídico o si únicamente se incrementó el riesgo de materialización de un daño. Y, como se verá, el porcentaje también se utiliza para estimar la cuantía del perjuicio indemnizable.

- **Diferencia entre pérdida de la oportunidad y lucro cesante (iv).** En ocasiones, la doctrina se pregunta si determinada circunstancia configura una pérdida de oportunidad o un lucro cesante, discusión que radica, no solo en la similitud que pueden presentar estos conceptos, sino en no poder responder, para todos los casos, si la pérdida de la oportunidad es el daño o es el perjuicio.

Al respecto, el Consejo de Estado ha manifestado que ambos conceptos hacen referencia a rubros diversos del daño (como si la pérdida de la oportunidad fuera un perjuicio, al igual que el lucro cesante) y que la diferencia radica en que “mientras la primera constituye una pérdida de ganancia probable -dado que,

⁸⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala De Casación Civil. M.P: Margarita Cabello Blanco. Bogotá, 4 de agosto de 2014. Expediente No. 11001-31-03-003-1998-07770-01.

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 tenía"⁸⁵.

Aunque este es un buen criterio diferenciador, la jurisprudencia civil y contencioso administrativa ha clasificado eventos como la pérdida de apoyo económico de un familiar que fallece como un lucro cesante y no como una pérdida de la oportunidad, cuando esa persona ni siquiera trabajaba al momento de su muerte.

Sobre este tema, la Corte Suprema de Justicia ha precisado en varias de sus providencias que la pérdida de la oportunidad y el lucro cesante futuro atienden a fuentes obligacionales y a grados de certidumbre diferentes. En este sentido, en sentencia del 2008, afirmó:

Por supuesto que en punto de las ganancias frustradas o ventajas dejadas de obtener, una cosa es la pérdida de una utilidad que se devengaba realmente cuando el acontecimiento nefasto sobrevino, la pérdida de un bien con comprobada actividad lucrativa en un determinado contexto histórico o, incluso, la privación de una ganancia que con una alta probabilidad objetiva se iba a obtener circunstancias en las cuales no hay lugar a especular en torno a eventuales utilidades porque las mismas son concretas, es decir, que en verdad se obtenían o podían llegar a conseguirse con evidente cercanía a la realidad; y, otra muy distinta es la frustración de la chance, de una apariencia real de provecho, caso en el cual, en el momento que nace el perjuicio, no se extingue una utilidad entonces existente, sino, simplemente, la posibilidad de obtenerla. Trátase, pues, de la pérdida de una contingencia, de evidente relatividad cuya

⁸⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M.P: Hernán Andrade Rincón. Bogotá, 9 de octubre de 2013. Expediente No. 25000-23-26-000-2001-02817-01(30286).

cuantificación dependerá de la mayor o menor probabilidad de su ocurrencia.⁸⁶

Por tanto, deberá analizarse cada caso concreto para identificar si la oportunidad perdida constituye el daño o si más bien parece ubicarse en el perjuicio a fin de diferenciarla del lucro cesante. En el primer evento es claro que la distinción entre la pérdida de la oportunidad y el lucro cesante radica en que mientras que la primera es un daño, la segunda figura es un perjuicio causado por determinado daño. En el segundo evento, de considerar que la pérdida de la oportunidad es el perjuicio, habrá que analizar si existe el aleas intrínseco a la figura, o si lo que existe es una pérdida de una ganancia cierta, caso en el cual se tratará de un lucro cesante y no propiamente de una oportunidad perdida. Es decir, la pérdida de la oportunidad no exige que haya certeza de sobre la obtención del beneficio o la evitación del daño, mientras que el lucro cesante sí implica que haya certeza sobre los activos que en el curso normal de las cosas habrían ingresado al patrimonio de la víctima.

Finalmente, es importante señalar que el Consejo de Estado, cuando condena por pérdida de oportunidad, no concede el lucro cesante futuro pretendido en la demanda. Esto se debe a dos razones: de un lado, toda vez que el demandante siempre alega que el daño que generó ese perjuicio patrimonial es el daño final, al no haber nexo causal con ese daño, el Consejo de Estado ni siquiera se pronuncia sobre los perjuicios patrimoniales pretendidos en la demanda; de otro lado, al considerar la pérdida de la oportunidad como un daño autónomo que necesariamente implica un aleas, esta Corporación otorga únicamente una suma de dinero como valor genérico a favor de los demandantes.

⁸⁶ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. M.P: Pedro Octavio Munar Cadena. Bogotá, 24 de junio de 2008. Expediente No. 11001-31-03-038-2000-01141-01.

- **Conclusiones (v).** Respecto a los problemas planteados que giran en torno a la identificación de la pérdida de la oportunidad se concluyen varias cosas. En primer lugar, antes de analizar si se configura una pérdida de la oportunidad, necesariamente hay que analizar primero si se puede imputar la responsabilidad por el daño final causado, lo que supone analizar no solo el daño y el hecho generador sino también el nexo causal, y ante la ausencia de éste, podría eventualmente estarse frente a la pérdida de la oportunidad, sin que este análisis signifique ubicar la figura en el nexo causal. En cualquier caso, la pérdida de la oportunidad no puede entenderse como un mecanismo para suplir la ausencia de nexo; por el contrario, siempre deberá probarse la existencia del mismo entre el hecho generador imputable y a la oportunidad perdida, cuando esta sea el daño causado. También juega un papel importante la condición propia del paciente, pues si su patología puede producir por sí misma el daño finalmente causado, aún con un tratamiento médico adecuado, esto nos ubica ante un paciente en verdadera situación de oportunidad.

En segundo lugar, difícilmente se estará ante casos de pérdida de la oportunidad cuando el “aleas” dependa únicamente de la voluntad de la víctima, porque ante tales circunstancias no se cumplen los presupuestos de la definición de la figura y lo máximo que se puede hacer es especular. Particularmente, en el caso del consentimiento informado, este es un derecho autónomo protegido por el ordenamiento jurídico que no da lugar a la aplicación de la pérdida de la oportunidad, sino que se trata por la Corte Suprema de Justicia como un problema de asunción de riesgos.

En tercer lugar, si bien no se requiere un porcentaje específico para hablar de pérdida de oportunidad, pues lo que se indemniza es la pérdida entendida como daño autónomo, independientemente del porcentaje de posibilidades que se tuviera, este sí es un aspecto que puede tenerse en cuenta a la hora de determinar si se trataba de una oportunidad seria, real y concreta, que además

cumpla con el carácter de certeza. Así, pareciera que un porcentaje de 0.5 de obtener el beneficio o de evitar el resultado no tiene la entidad suficiente para configurar una oportunidad tutelable por el ordenamiento jurídico, pero habrá que analizar cada caso concreto.

Por último, no debe confundirse la pérdida de la oportunidad con figuras que le son semejantes, tales como el lucro cesante. Ambas se diferencian en el aleas que le es intrínseco a la pérdida de la oportunidad pues esta figura no exige que haya certeza de sobre la obtención del beneficio o la evitación del daño, mientras que el lucro cesante sí implica que haya certeza sobre los activos que en el curso normal de las cosas habrían ingresado al patrimonio de la víctima.

2.2.2 Problema de la cuantificación del perjuicio indemnizable. La cuantificación del perjuicio es uno de los inconvenientes prácticos que genera la figura, pues no es fácil determinar cuánto vale la oportunidad definitivamente perdida. Sin embargo, también puede decirse lo mismo acerca de los perjuicios extrapatrimoniales y este no ha sido un obstáculo para que sean reconocidos y aceptados por la jurisprudencia y la doctrina.

- **En la búsqueda de un criterio de cuantificación.** Si bien no se cuenta con fórmulas matemáticas aceptadas, tal como ocurre con la cuantificación del daño emergente y lucro cesante, sí se han planteado posibles formas de resolver el inconveniente, las cuales, en todo caso, no escapan el inevitable arbitrio judicial.

Este arbitrio normalmente se traduce en una afectación al derecho a la igualdad, pues no todas las oportunidades serán valoradas de la misma forma por todos los jueces, aun partiendo de supuestos semejantes. Por tanto, debería intentarse, al menos, fijar ciertos límites a la indemnización, tal como lo ha hecho el Consejo de

Estado respecto de indemnizaciones por perjuicios morales causados por la muerte de la víctima directa.

Si el daño a indemnizar es la pérdida de la oportunidad y no el daño final, lo que se indemniza son los perjuicios generados por la oportunidad perdida y no los causados por el daño final. Por tanto, se ha planteado que la reparación debe ser proporcional al “coeficiente de oportunidades que tenía el paciente y que este ha perdido”.⁸⁷ Lo anterior, pues es claro que “resultaría al menos una paradoja que se elaborara toda una teoría acerca de la pérdida de una oportunidad para luego señalar que la indemnización debe extenderse al resultado final esperado, pero frustrado por la acción negligente ¿Qué diferencia guardaría ello con indemnizar el daño material o corporal provocado por la acción? En verdad, en términos prácticos, ninguna”.⁸⁸

Para lograr identificar a qué se corresponde la proporción indemnizable, algunos han señalado que la mejor manera es cuantificar los perjuicios que se otorgarían por el daño final y hacer las respectivas deducciones teniendo en cuenta el porcentaje de la oportunidad perdida. En este sentido Chabas explica que en materia médica habrá entonces “que referirse a las estadísticas, si ellas existen – se sabe que tal tipo de cáncer, tratado a tiempo, tiene X número de posibilidades sobre 100 de curarse-. Pero, también, habrá que examinar in concreto la situación del paciente. El método no escapará jamás a una cierta arbitrariedad”.⁸⁹

Este mismo autor, en los casos médicos en los que se encuentra en juego la oportunidad de sobrevivir, fija la indemnización así:

⁸⁷ CHABAS, Op. Cit., p. 74.

⁸⁸ TAPIA RODRÍGUEZ, Op. Cit., p. 12.

⁸⁹ CHABAS, Op. Cit., p. 75.

Si el perjuicio es la pérdida de oportunidades de sobrevivir, es normal, para calcular ese perjuicio, que el juez busque primero cuánto vale la vida y después aplique a ese monto el coeficiente de oportunidades.

Esta búsqueda del coeficiente de oportunidades es, por su parte, una operación de las más complejas. Ella supone que el experto determine cuántas posibilidades (oportunidades) tenía el paciente de morir, si él hubiera sido bien cuidado, cuando el médico ejecutó los actos incriminados.⁹⁰

Algunos autores consideran que no es posible darle un valor a la vida como lo afirma Chabas, pero que sí se puede tomar “como parámetro para éste cálculo, la indemnización que hubiese procedido en caso de que se lograra establecer el nexo causal entre la conducta del médico y el perjuicio final del paciente (muerte, afectación permanente en la salud)”.⁹¹ Esta es una de las razones por las cuales un gran sector de la doctrina formula una de las críticas ya expuestas en ese capítulo: que la pérdida de la oportunidad es una indemnización parcial que se otorga cuando no puede establecerse un nexo causal entre la conducta culposa y el daño final y que por tanto, hay una responsabilidad civil aun sin certeza sobre la existencia del nexo de causalidad.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que el que la cuantificación se haga de manera proporcional a lo que se habría otorgado en caso de haber nexo causal con el daño final, no implica una responsabilidad sin nexo causal. Por el contrario, recordemos que la víctima debe probar tanto el hecho generador, como el daño y el nexo entre ambos, la diferencia radica en que el daño y el nexo se analizan en torno a la oportunidad perdida y no en torno al daño final. Así, esta crítica se fundamenta en un entendimiento equivocado de la pérdida de la oportunidad, que la ubica en la causalidad y no en el daño.

El Consejo de Estado está de acuerdo con que no puede utilizarse la figura como mecanismo para suplir la ausencia de nexo, y también considera que el monto a

⁹⁰ ORREGO MOSCOSO, Op. Cit., p. 17.

⁹¹ HERRERA MOLANO, Op. Cit., p. 14.

indemnizar depende del porcentaje de probabilidad que tenía la víctima de obtener el beneficio o de evitar el daño. En este sentido, en providencia judicial, manifestó:

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 dañino⁹².

Según lo expuesto, a la hora de cuantificar el monto de la indemnización, cobra especial importancia la prueba pericial, pues esta es tal vez la más idónea para calcular el porcentaje que habría tenido el paciente, por ejemplo, de sobrevivir en caso de habersele detectado a tiempo la patología. A pesar de contarse con pruebas técnicas, sigue siendo difícil establecer el porcentaje, pues en todo caso los fenómenos sociales están lejos de identificarse con situaciones matemáticas claras. No obstante, en materia médica al menos se cuenta con ciertos referentes que han sido desarrollados por la ciencia a lo largo de la historia, lo cual facilita un poco la cuantificación del perjuicio.

⁹² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M.P: Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá, 11 de agosto de 2010. Expediente No. 05001-23-26-000-1995-00082-01(18593).

El Consejo de Estado ha otorgado hasta 80 SMLMV por concepto de pérdida de oportunidad en casos de responsabilidad médico-sanitaria⁹³, y, como en la mayoría de los casos no se ha discutido este daño ni su cuantía durante el proceso, el análisis que hace la Corporación es el siguiente:

Como quiera que, conforme lo ha sostenido la Sala en reiteradas ocasiones, no obran en el expediente más elementos probatorios que puedan ser valorados con miras a establecer, con fundamento en criterios técnicos, estadísticos y apoyándose en información objetiva y contrastada, la cuantía del daño que por concepto de pérdida de oportunidad le fue irrogado a la parte demandante, la Sala acudirá al criterio de la equidad como principio que el ordenamiento jurídico artículo 16 de la Ley 446 de 1998. Por consiguiente, se le reconocerá un monto equivalente a cuarenta (40) smlmv por concepto del daño consistente en la pérdida de la oportunidad.⁹⁴

Así pues, la mejor manera de cuantificar los perjuicios por pérdida de oportunidad propiamente, sin contrariar los presupuestos generales de la figura, es partir de la base de lo que se le habría otorgado a la víctima por el daño final o el beneficio que habría obtenido en caso de no haber mediado el hecho generador imputable. A esa base, se le aplica el porcentaje de oportunidades que tenía la víctima de evitar el daño o de obtener el beneficio y ese será el monto a indemnizar.

Finalmente, es importante hacer una precisión. Como se indicó en el primer capítulo, en principio, la obligación indemnizatoria es de valor y no de dinero, por lo que nada descarta una forma de indemnizar diferente a la cuantificación económica del perjuicio, que la convierte en obligación de dinero. Sin embargo, toda vez que la oportunidad ya se encuentra perdida, al menos en responsabilidad médica, difícilmente la reparación podrá hacerse de manera diferente.

⁹³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M.P: Hernán Andrade Rincón. Bogotá, 3 de octubre de 2012. Expediente No. 25000-23-26-000-1998-3014-01 (23437).

⁹⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M.P: Gladys Agudelo De Ordoñez. Bogotá, 16 de septiembre de 2011. Expediente No. 88001-23-31-000-1998-00031-01(22030).

- **Consideración especial frente a los perjuicios extrapatrimoniales.** Al identificar la pérdida de la oportunidad con un daño autónomo, el Consejo de Estado concluye que los perjuicios ocasionados por ese daño en concreto no son incompatibles con perjuicios morales. Según la teoría general, un mismo daño puede generar diferentes tipos de perjuicios, siendo esta una de las razones que justifica diferenciar daño de perjuicio: para que ninguno de los perjuicios causados por un mismo daño deje de ser indemnizado. Así, una oportunidad perdida puede generar diferentes perjuicios, entre ellos, los morales.

Al respecto, ha manifestado en diferentes oportunidades que:

La Sala no ve obstáculo para reconocer perjuicios morales a favor de la directa afectada, al igual que a su hija y compañero permanente, al considerar, como ya se ha precisado en anteriores pronunciamientos, que no existe incompatibilidad entre el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el daño consistente en la pérdida de oportunidad y el dolor, angustia, aflicción que les generó la mencionada pérdida de oportunidad.⁹⁵

Sin embargo, a pesar de otorgar también perjuicios morales, reduce los montos según las oportunidades reales que tenía el paciente.

El abogado Martín Giovani Orrego ha formulado una crítica a este modo de proceder del Consejo de Estado.

Con respecto a la liquidación del perjuicio, el Consejo de Estado, teniendo en cuenta que lo que se está protegiendo es la pérdida de la oportunidad de recuperación y no la muerte del menor, redujo a la mitad el valor por perjuicios morales otorgado por el juez de primera instancia, sin embargo, NO podemos compartir dicha posición por cuanto de esta manera está

⁹⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M.P: Hernán Andrade Rincón. Bogotá, 3 de octubre de 2012. Expediente No. 25000-23-26-000-1998-3014-01 (23437).

partiendo o dividiendo el perjuicio moral, el cual creemos no puede dividirse, pues el perjuicio moral es uno solo, con independencia de si se puede o no cuantificar, consideramos que el mismo es indivisible.⁹⁶

Si bien es cierto que el perjuicio moral no debe dividirse, en este caso concreto analizado por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, una cosa son los perjuicios morales generados por la oportunidad perdida de sobrevivir que tenía el menor, y otra cosa, son los perjuicios morales causados por la muerte. Por tanto, la cuantificación no puede equipararse, sin que eso signifique una división del perjuicio moral. Si bien los padres padecerán el mismo sufrimiento (ocasionado en ambos casos por la muerte de su hijo), los únicos indemnizables son los causados por la oportunidad perdida, pues solo respecto de ese daño habrá un nexo causal y realmente una responsabilidad civil.

Por tanto, los perjuicios morales generados por la pérdida de la oportunidad se cuantificarán atendiendo a este daño indemnizable y al arbitrio judicial, mas no al sufrimiento ocasionado por el daño final. Al respecto, habrá que remitirse a los topes reconocidos por la jurisprudencia, pues los montos nunca podrán equipararse a estos por no tratarse del daño final sino de una simple oportunidad perdida.

2.2.3 Problema de congruencia. Como se ha visto, lo recurrente es que el demandante intente vincular el daño final con la conducta culposa desplegada por el médico, más no con la oportunidad perdida. ¿Incorre el juez en una violación al principio de congruencia al otorgar una indemnización por pérdida de oportunidad que no hace parte de la pretensión?

⁹⁶ CHABAS, François. Citado en: ORREGO MOSCOSO, Op. Cit., p. 21.

- **El principio de congruencia y la pretensión procesal.** La “congruencia se puede definir en función de la pretensión, así: el juez tiene el deber funcional de decidir la pretensión; sólo la pretensión pero toda la pretensión. El acto de juzgamiento debe alcanzar todo el litigio pero nada más que el litigio. No es permisible ni el exceso ni el defecto”⁹⁷, salvo en los casos que expresamente se admiten excepciones a la congruencia.

Por su parte, Azula Camacho, considera que este principio “consiste en la concordancia que debe existir entre el pedimento formulado por las partes y la decisión que sobre él tome el juez”⁹⁸ y al hacer referencia a la congruencia externa, es decir, la que existe entre la demanda y la sentencia, señala que la misma cobra especial relevancia en los procesos regidos por el sistema dispositivo, pues es uno de los aspectos que los distinguen.⁹⁹

Ahora, la pretensión está integrada, por los sujetos, el objeto y la razón¹⁰⁰. Esta última a su vez puede dividirse entre las razones de hecho y las de derecho. Es en las primeras en las que el demandante ubica el hecho culposo y el daño que reclama, los cuales, a su consideración, se encuentran relacionados causalmente. Además, en el objeto, se pide la declaratoria de la responsabilidad civil por determinado daño causado a la víctima y la condena al pago de los perjuicios causados.

La pretensión constituye el límite que le presenta el demandante al juez, pues es sobre ella que deberá emitir un fallo, sea condenatorio, absolutorio o, llegado el caso, inhibitorio. A su vez, la contestación a la demanda y particularmente las

⁹⁷ COLOMBIA. ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA. Documentos Complementarios a Módulo Estructura de la Sentencia Judicial en Curso de Formación Judicial inicial. Bogotá, 2009. P. 49.

⁹⁸ AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de derecho procesal. 9 Ed. Bogotá: TEMIS S.A., 2006. P. 81. ISBN 958-35-0556-0.

⁹⁹ *Íbid.*, p. 82.

¹⁰⁰ COLOMBIA. ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA. Op. Cit., p. 1-51.

excepciones planteadas, también tienen la función de delimitar la función judicial, aunque no de manera tan estricta, pues el juez podrá declarar las que se logren probar en el proceso, aunque no hayan sido alegadas en la contestación a la demanda (salvo las excepciones legales).

Es así como en una primera aproximación, puede afirmarse que el fallar con fundamento en un daño y nexos causal no invocado en la demanda implica una violación al principio de congruencia. Sin embargo, el Consejo de Estado en varias de sus providencias ha argumentado lo contrario, indicando que una interpretación lógica de la demanda suele indicar que esta no circunscribe el hecho dañoso al daño final sino a la omisión, retardo en la atención, error de diagnóstico, etc. En este sentido, en sentencia del 2011, afirmó:

Sin embargo, la Sala ha considerado en distintas oportunidades que la responsabilidad por los daños causados en el ejercicio de la actividad médica, por regla general comporta una serie de actuaciones que convergen en un resultado final y en las que intervienen varios protagonistas, quienes en distintos momentos y circunstancias asisten a los pacientes desde su llegada al centro hospitalario, hasta cuando son dados de alta o se produce su deceso. Esa cadena de actuaciones desplegadas sobre los pacientes no es indiferente al resultado final y por ello la causa pretendida en estos juicios debe entenderse comprensiva de todos esos momentos y de los perjuicios que se puedan materializar como consecuencia del mismo, porque la causa del daño final bien puede provenir de cualquier acción u omisión que se produzca durante todo ese proceso o derivar en un daño que se desconoce hasta que se valora el material probatorio, por esta razón resulta viable indemnizar los perjuicios causados por la pérdida de oportunidad aun cuando la demanda oriente la concreción del daño en otro hecho jurídico.¹⁰¹

Al año siguiente, en otra providencia señaló que:

Dicha posibilidad (la de interpretar la demanda) en los casos de responsabilidad médica encuentra una razón adicional, como es la dificultad

¹⁰¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M.P: Gladys Agudelo De Ordoñez. Bogotá, 16 de septiembre de 2011. Expediente No. 88001-23-31-000-1998-00031-01(22030).

técnica y científica que comporta este tipo de procesos, problemática que ha llevado a la Sala a entender que, para estos eventos, el libelo debe interpretarse de manera amplia, abarcando toda la atención médica prestada al paciente por la institución demandada y no circunscribirse únicamente a los aspectos expuestos por el demandante.¹⁰²

Y en el año 2013, manifestó:

En este punto importa resaltar que si bien, de conformidad con lo expuesto a lo largo de la presente providencia, el daño que se ha de indemnizar no será propiamente el que corresponde a la muerte del señor Urueña García, sino el de la pérdida de oportunidad de recuperar su salud y poder sobrevivir por un tiempo adicional, no por ello se desconocerá el principio de congruencia en cuya virtud el juez en sus decisiones debe ceñirse estrictamente al *petitum* de la demanda o a las razones de defensa y las excepciones que invoque o alegue el demandado, porque en el presente caso una interpretación lógica y racional de la demanda permite advertir con claridad que la *causa petendi* no se circunscribió exclusivamente a identificar el hecho dañoso con la muerte de esa persona, sino que también se expuso, como configurativo del mismo, la omisión o la abstención del personal médico y de enfermería del Hospital El Tunal III Nivel que se encontraba en la obligación legal de otorgarle al paciente la asistencia médica correspondiente, inacción que, precisamente, equivale a la negación de la oportunidad de sobrevivir tal y como se dejó indicado.¹⁰³

El defecto en esta argumentación es evidente: se confunde el daño con el hecho generador imputable y se afirma que toda vez que este último abarca circunstancias que pueden configurar una pérdida de oportunidad, el juez puede adecuar la demanda y fallar en este sentido. Olvida así el Consejo de Estado que el hecho generador imputable en casos difíciles suele ser el mismo para uno y otro caso, sino que respecto del daño final no hay nexo causal y respecto de la oportunidad perdida sí, y que su interpretación lleva a condenar con fundamento en un daño y un nexo diferentes a los pretendidos y discutidos durante el proceso.

¹⁰² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M.P: Hernán Andrade Rincón. Bogotá, 3 de octubre de 2012. Expediente No. 25000-23-26-000-1998-3014-01 (23437).

¹⁰³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M.P: Hernán Andrade Rincón. Bogotá, 14 de marzo de 2013. Expediente No. 25000-23-26-000-1999-00791-01(23632).

Si el hecho generador imputable es el mismo, el demandado podrá defenderse de la misma manera en ambos casos, pero esto no ocurre ni con el daño ni con el nexo causal, respecto de los cuales la defensa podrá ser sustancialmente diferente.

Devis Echandía afirma que el principio de la congruencia “se liga íntimamente con el derecho constitucional de defensa, ya que éste exige que el ajusticiado en cualquier clase de proceso conozca las pretensiones o imputaciones que contra él o frente a él se han formulado, por lo que la violación de la congruencia implica la de aquél derecho (...)”¹⁰⁴ Y es que pareciera tentador afirmar que si el juez puede condenar al todo, puede condenar a menos, es decir, si puede condenar por el daño final, que es lo que se le imputa al demandado en la pretensión y que implica una condena más alta, ante la ausencia de nexo con este, puede condenar por la pérdida de la oportunidad, que implica un monto indemnizatorio más reducido.

Pero este argumento parte o de identificar la pérdida de la oportunidad con un mecanismo para suplir la ausencia de nexo o de entender que la pérdida de la oportunidad es apenas una parte del daño final. Sin embargo, si la figura constituye un daño autónomo, con un nexo causal diferente, tal proceder en todo caso implicaría, por lo menos, una violación al debido proceso.

Queda claro entonces que la violación a la congruencia implica una violación al debido proceso, pero que no siempre que se vulnera el debido proceso, se incurre en incongruencia. Por tanto, primero se analizará la relación entre la pérdida de la oportunidad y el debido proceso y luego se concluirá si fallar de oficio con fundamento en esta figura implica una incongruencia en la sentencia.

¹⁰⁴ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General del proceso. P. 50. Tomo I. Citado en: CAL LAGGIARD, Maximiliano. Principio de congruencia en los procesos civiles. En: Revista de derecho de la Universidad de Montevideo. P. 11-24. ISSN 15105172.

En efecto, se presenta una violación al debido proceso cuando el juez falla de oficio por la pérdida de la oportunidad, sin darle al demandado la oportunidad de defenderse. ¿Por qué? Nótese que en los casos fronterizos, el demandante normalmente imputa una culpa que supuestamente causó el daño final. Ante esta circunstancia, lo común es que la defensa del demandado esté encaminada a demostrar la ausencia de nexo causal, por lo que este tratará de probar que aun sin mediar la conducta culposa, muy probablemente el daño se habría producido.

Así, el demandado se defiende del daño final, no de la oportunidad perdida. Exigirle que desde un principio se defienda, no solo de lo que expresamente se le imputa, sino además de un daño no alegado, implicaría desconocer los presupuestos probatorios generales y de la responsabilidad civil médica; no podría defenderse adecuadamente de circunstancias que finalmente el juez tendrá en cuenta para condenarlo o absolverlo.

Y es que aún si la aplicación de la figura de la oportunidad perdida beneficia al demandado, por reducirse el monto indemnizatorio en proporción a las oportunidades reales, en comparación con el monto que se habría otorgado por el daño final, el hecho de no poder controvertir ese daño o defenderse del mismo con todas las posibilidades de exoneración con las que habría contado, implica por sí mismo una violación al debido proceso.

Al respecto, es importante señalar que “el proceso, en virtud del principio de la igualdad, tiene que ser simétrico respecto de las partes. El conjunto de situaciones de ventaja y de desventaja dispuesto para una parte tiene que ser equivalente al elenco de las que corresponde a la otra parte. Los contrarios acción - contradicción, pretensión - excepción, prueba - contraprueba, entre otros, revelan

la simetría entre el conjunto de situaciones y de posibilidades de cada parte”.¹⁰⁵ Fallar de oficio por pérdida de oportunidad rompe la bilateralidad de la audiencia y ese equilibrio que debe existir en el transcurso del proceso.

El demandado, además de poder alegar las causales generales de exoneración en relación a ese nuevo daño que se le imputa y al nexo causal entre este y el hecho generador, podría acreditar también circunstancias que le favorecen, tales como que el porcentaje de oportunidades reales con las que contaba el paciente eran más reducidas a las discutidas en el proceso, a fin de lograr una reducción en el monto a indemnizar.

Lo anterior no implica de plano que el juez nunca pueda interpretar la demanda, cuando la forma en la que se presentó lo permita, para condenar con fundamento en una pérdida de la oportunidad, pues debe dársele prevalencia al derecho sustancial. Pero, ante tal circunstancia, debería dársele la oportunidad al demandado de defenderse del nuevo daño y nexo, al menos, antes de proferir sentencia.

La situación es mucho más grave en la práctica, pues en Colombia normalmente es el juez de segunda instancia quien falla con fundamento en la oportunidad perdida, sin darle ningún tipo de oportunidad procesal de defensa al demandado.

Al respecto, es importante señalar que el juez tiene ciertos deberes. El artículo 42 del Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, dispone en su numeral quinto que:

Son deberes del juez:

5. Adoptar las medidas autorizadas en este código para sanear los vicios de procedimiento o precaverlos, integrar el litisconsorcio necesario e

¹⁰⁵ COLOMBIA. ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA. Op. Cit., p. 35.

interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto. Esta interpretación debe respetar el derecho de contradicción y el principio de congruencia. (Negrita añadida)¹⁰⁶

Y como ya quedó expuesto, interpretar la demanda para condenar con fundamento en un daño y nexos diferentes al imputado por la parte demandante, implica una violación al debido proceso.

Como se dijo, siempre se que se incurre en incongruencia, se afecta el debido proceso, pero no siempre que se afecta el debido proceso, se incurre en incongruencia. Veníamos analizando si fallar de oficio por la pérdida de la oportunidad implica desconocer el debido proceso, a lo cual se concluyó que sí. Ahora, teniendo esto claro, se volverá sobre la congruencia para concretar si esta se desconoce cuando se condena con fundamento en una oportunidad perdida que no hacía parte de la pretensión. En este punto cobra nuevamente importancia la clasificación de la pérdida de la oportunidad como un daño autónomo que tiene un nexo causal diferente al que existiría entre el daño final y el hecho generador imputable.

Respecto de la congruencia, el Código General del Proceso, estipula lo siguiente en su artículo 281:

Artículo 281. Congruencias.

La sentencia deberá estar en **consonancia con los hechos y las pretensiones** aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

¹⁰⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564. (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial Bogotá, 2012 No. 48489. P. 1-206.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio.
(...) (negrita añadida.)¹⁰⁷

Argumentaciones como la del Consejo de Estado parecen sugerir que cualquier daño probado pero no alegado puede ser declarado de oficio por el juez de conocimiento, cuando, en realidad, dicho proceder, implicaría incurrir en una incongruencia. Así pues, no es posible afirmar que el juez, al encontrar daños diferentes que la parte demandante no identificó claramente en la demanda, y que no fueron discutidos en el proceso, pueda condenar con fundamento en estos sin dejar de un lado la consonancia que debe existir entre la sentencia y la pretensión.

En responsabilidad médica, normalmente la parte demandante pide que se le indemnicen perjuicios morales, daño emergente, lucro cesante y daño a la salud o daño a la vida en relación, con ocasión de una conducta culposa que causó un daño final, entendido como lesiones, enfermedades, falta de curación o muerte de la víctima directa.

Al condenar con fundamento en una pérdida de la oportunidad, entendida como daño autónomo, se suele conceder una suma determinada por concepto de pérdida de oportunidad, como si esta también fuera el perjuicio, y otra por perjuicios morales. Nótese que no solo se parte de un daño diferente sino que se conceden perjuicios que ni siquiera fueron pedidos en la demanda.

Por esta diferencia sustancial entre la pretensión y la sentencia y por la violación al derecho al debido proceso, se concluye que sí se incurre en incongruencia cuando

¹⁰⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564. (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial Bogotá, 2012 No. 48489. P. 1-206.

se falla de oficio por pérdida de oportunidad. En cuanto al debido proceso, la solución está en otorgarle al demandado la posibilidad de defenderse del nuevo daño y nexos que se le imputan, al menos, antes de proferir sentencia, tal como ocurre con la aplicación de la carga dinámica de la prueba. En cuanto a la incongruencia propiamente, debe optarse por ceñirse lo máximo posible a la petición y no forzar los fundamentos de la misma para adaptarla a una pérdida de la oportunidad, ni mucho menos confundir hecho generador imputable con daño para justificar la incongruencia.

Y, si como se vio, al proferir una sentencia incongruente, se viola el derecho fundamental al debido proceso, el hecho de otorgar un término adicional para que el demandado se defienda, no subsana el defecto de congruencia. Este mecanismo únicamente sería idóneo para conservar el debido proceso cuando la demanda se presenta de manera tal que el juez pueda adecuarla sin exceder su facultad interpretativa, es decir, si el daño no se pidió en lo absoluto, aunque se otorgue un término para que el demandado se defienda del nuevo daño y nexos, habrá incongruencia, y por tanto, violación al debido proceso.

Como analizamos, dependiendo del caso, la pérdida de la oportunidad podrá ser el daño o podrá ser el perjuicio. Tratándose del daño, no debería condenarse por un daño que no se alega de la demanda y ni siquiera se discute en el proceso, tratándose del perjuicio, si la indemnización que se pide concreta los perjuicios pretendidos y no se incluye la pérdida de la oportunidad, este tampoco debería otorgarse de manera oficiosa.

Así las cosas, en caso de existir un daño final diferente a la oportunidad perdida, lo mejor en términos prácticos para el demandante será incluir como pretensión subsidiaria a la declaratoria de responsabilidad por dicho daño, una pretensión por pérdida de oportunidad. Así, de no encontrarse probado el nexo causal con el daño, el juez podrá analizar la pérdida de la oportunidad sin incurrir en

incongruencia y, de otro lado, el demandado se podrá defender de ese daño y de ese nexo desde el comienzo del proceso, conservándose intacto su derecho fundamental al debido proceso.

3. CONCLUSIONES

Son varias las conclusiones que pueden formularse luego del desarrollo del presente trabajo.

- Los supuestos de hecho de la responsabilidad civil son el hecho generador imputable, el daño y el nexo causal entre ambos. Dependiendo del sistema de imputación aplicable, pueden variar el hecho generador y las cargas probatorias que se le imponen a ambas partes (demandante y demandado). Si faltare al menos alguno de ellos, no habrá lugar a declarar la consecuencia jurídica de la responsabilidad civil, la cual es una obligación de reparar, como obligación de valor susceptible de cuantificarse económicamente y convertirse en obligación de dinero.
- Tanto dichos supuestos de hecho, como los presupuestos generales de la responsabilidad civil son aplicables a la responsabilidad civil médica, como tipo de responsabilidad especial profesional que se deriva del ejercicio de la medicina. Sin embargo, al ser una responsabilidad profesional, tiene ciertas particularidades y ha tenido un desarrollo propio en la doctrina y en la jurisprudencia. Este último, difiere en algunos aspectos dependiendo de si se trata de la jurisprudencia contencioso administrativa o de la civil.
- En la responsabilidad médica, por regla general se aplica un sistema de imputación subjetivo con culpa probada, en el que la víctima debe demostrar los supuestos de la responsabilidad civil y en el que el demandado puede exonerarse demostrando diligencia y cuidado. La *lex artis* es el criterio fundamental, aunque no el único, a la hora de crear el modelo abstracto de conducta con el que se comprara la acción u omisión del agente señalado como responsable, a fin de determinar si este actuó o no con culpa.

- En muchos casos de responsabilidad civil médica, debido a las múltiples causas que puede tener determinado estado o patología del paciente, a pesar de existir una culpa médica, no es posible determinar que existe un nexo causal, con el grado de certeza suficiente exigido por el ordenamiento jurídico, entre dicha culpa y el daño sufrido por la víctima.
- Ante la ausencia del nexo, la consecuencia jurídica, según los planteamientos generales de la responsabilidad, sería la exoneración del señalado como responsable. Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina colombianas han importado de países como Francia y Estados Unidos la figura de la pérdida de la oportunidad, la cual permite atribuirle responsabilidad al demandado, no por el daño final, sino por la oportunidad perdida de evitar un daño o de obtener un beneficio esperado.
- Así, la pérdida de la oportunidad es un daño autónomo. Entenderla como daño supone dos cosas: en primer lugar, aceptar que ese daño debe cumplir con todas las características generales que este debe tener para ser indemnizable y, en segundo lugar, supone aceptar que concurren dos daños y dos nexos causales diferentes. Un daño, el final, que será por ejemplo la muerte, cuyo nexo causal con la conducta culposa del médico no alcanza el grado de certeza suficiente, y otro daño será la pérdida de la oportunidad de, en este caso, evitar la muerte, que sí tiene un nexo causal claro con la conducta del agente.
- No puede condenarse al responsable por la oportunidad perdida y por el daño final, pues, o con el daño final no hay un nexo causal jurídicamente relevante o sí lo hay. En caso de haber nexo causal con el daño final, técnicamente no existe ninguna oportunidad perdida, no hay aleas, sino un daño efectivamente causado por la conducta culposa y será ese daño por el cual se condenará al

demandado. Es decir, la responsabilidad civil por el daño final excluye la aplicación de la pérdida de la oportunidad.

- El elemento fundamental de la pérdida de la oportunidad es el aleas, pues no es posible determinar si, de no haber mediado la conducta reprochable, el daño se habría evitado o el beneficio se habría obtenido. Pero eso no lo convierte en un daño incierto; hay certeza en cuanto a la oportunidad perdida, que es el daño, pero no en cuanto a cuál habría sido el resultado final.

- A la hora de identificar si se está o no ante la pérdida de una oportunidad, habrá que diferenciar dos casos diferentes. El primero es aquel en el que hay un nexo causal claro entre el hecho generador imputable y el daño finalmente causado (por ejemplo, la muerte). El segundo caso es aquel en el que no hay un nexo causal claro entre el hecho generador imputable y la muerte, pues las condiciones propias del paciente por sí mismas también pudieron haber sido la causa de la muerte. En el primer caso, es claro que únicamente se puede condenar al demandado por haber causado la muerte, mientras que en el segundo, únicamente se podrá condenar al demandado por la oportunidad definitivamente perdida.

- Sin embargo, este análisis no puede entenderse como en un mecanismo para suplir la ausencia de nexo causal ni para imputar una responsabilidad civil sin la presencia de este supuesto. Por el contrario, el demandante deberá probar todos los supuestos de la responsabilidad, incluyendo el nexo causal.

- En eventos en los que la víctima pierde el derecho de opción, como ocurre ante la ausencia de consentimiento informado, difícilmente puede argumentarse que se está ante una oportunidad perdida, pues no puede analizarse propiamente el aleas inherente a ella sino que puede especularse acerca de la decisión que habría adoptado la víctima. Para el caso concreto del consentimiento, este no se

trata como pérdida de oportunidad pues, además de lo expuesto, hay una violación a un derecho independiente a recibir información que tiene un tratamiento autónomo.

- Toda vez que lo que se indemniza es la oportunidad como tal, el porcentaje de posibilidades que tenía la víctima de evitar el daño o de obtener el beneficio, no es determinante para identificar si se está o no ante una oportunidad tutelable. Sin embargo, dicho porcentaje juega dos papeles importantes: uno, a la hora de determinar si realmente era una oportunidad real y cierta; otro, a la hora de cuantificar los perjuicios, pues a lo que se habría otorgado en caso de condenar por el daño final se le aplica ese porcentaje para realizar el cálculo económico de la obligación, convirtiéndola en una de dinero, si fuere el caso.

- Así, la cuantificación económica exige un ejercicio mental que tiene como base el determinar cuánto se habría otorgado en caso de causarse un daño final y se hace la respectiva deducción según las oportunidades reales que se tenían de evitarlo. Para el caso del beneficio, se parte de lo que se esperaba que entrara al patrimonio de la víctima, en sentido amplio y, nuevamente, se le aplica el porcentaje de acuerdo con las oportunidades que se tenían de obtenerlo.

- Pese a ser definida por la jurisprudencia y por la mayoría de la doctrina como un daño, algunos autores parten de la distinción entre daño y perjuicio, distinción que puede ser útil en muchos campos de la responsabilidad civil. Sin embargo, se concluye que en materia de la pérdida de la oportunidad, la dificultad de establecer si esta es siempre el uno o el otro, lleva a concluir que, o la distinción no es útil en este campo o que se trata de un tema casuístico: según el caso, la pérdida de la oportunidad podrá ser el daño o podrá ser el perjuicio, conclusión que parece más acertada.

- Partiendo de la distinción, para una mayor claridad conceptual, la oportunidad perdida, entendida como daño debe ser real y cierta, pues, de lo contrario, sería un daño meramente eventual o hipotético, no indemnizable. En cuanto a que pueda ser actual, pasada o futura, toda vez que al hablar de esta clasificación realmente se hace alusión al perjuicio y no al daño, si bien la oportunidad como daño ya debe estar perdida, podría dar lugar a perjuicios pasados, presentes o futuros, dependiendo del momento en el que se efectúe el análisis por parte del operador jurídico.

- Rara vez los demandantes identifican en su pretensión como daño la pérdida de la oportunidad. Toda vez que esta implica analizar la responsabilidad con base en un daño y un nexo causal diferente a los señalados en la demanda, en una primera aproximación al principio de congruencia judicial, que corresponde a la identidad que debe existir entre la demanda y la sentencia proferida por el juez, se concluye que se incurre en incongruencia y en violación al debido proceso cuando se falla con fundamento en la pérdida de la oportunidad y no en el daño y nexo efectivamente alegado y discutido durante el proceso.

- En relación al debido proceso, podría afirmarse que una buena solución es darle la oportunidad al demandado de defenderse de ese nuevo daño y nexo, al menos, antes de proferirse sentencia. En cuanto a la congruencia propiamente, es imperativo que el juez se ciña a ella lo máximo posible, lo cual no implica de plano que nunca pueda interpretar la demanda, cuando la forma en la que se presentó lo permita, para condenar con fundamento en una pérdida de la oportunidad, pues debe dársele prevalencia al derecho sustancial. Pero, ante tal circunstancia, como ya se dijo, debería dársele la oportunidad al demandado de defenderse del nuevo daño y nexo, al menos, antes de proferir sentencia.

- Sin embargo, en caso de no ser razonadamente justificable dicha interpretación a la demanda, sí se incurre en incongruencia y, ya que esta se

relaciona íntimamente con el derecho de defensa, habrá necesariamente también una violación al debido proceso.

- Finalmente, la pérdida de la oportunidad es plenamente aplicable en materia médica, pero debe entenderse adecuadamente y no confundirse con un mecanismo para suplir la ausencia de nexo causal, ni incurrir en incongruencia al fallar de oficio con fundamento en ese daño y no en el daño efectivamente alegado por la parte demandante, pues esto implica desconocer el derecho fundamental al debido proceso.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVAREZ CORREA, Eduardo. Obligaciones. La culpa en la Lex Aquilia debía ser por comisión, nunca por omisión. Bogotá: Uniandes, 1978. Citado en: VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio. Responsabilidad civil extracontractual. Bogotá: Temis S.A., 2009. ISBN 978-958-35-0737-3.

ARIZA FORTICH, Alma. La responsabilidad médica como actividad peligrosa. Análisis de caso en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. En: Universitas. Enero-junio, 2013, Vol. 126. ISSN 0041-9060.

ASENSI PALLARÉS, Eduardo y CID-LUNA CLARES, Iñigo. La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica. En: Revista CESCO de Derecho de Consumo. 2013, Vol. 8. ISSN 2254-2582.

AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de derecho procesal. 9 Ed. Bogotá: TEMIS S.A., 2006. ISBN 958-35-0556-0.

CHABAS, François. La pérdida de una oportunidad (“chance”) en el derecho francés de la responsabilidad civil. Traducido por Fernando Moreno Quijano. En: Revista Responsabilidad Civil y del Estado. Septiembre, 2013, No. 33., Tomo II, 8-14 Ed. ISSN 978-958-59104-2-3.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564. (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial Bogotá, 2012 No. 48489.

_____. Ley 57. (15, abril, 1887). Sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional. Diario Oficial Bogotá, 1887 No. 7.019.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M.P: Hernán Andrade Rincón. Bogotá, 26 de agosto de 2015. Expediente No. 25000-23-26-000-2003-00863-01 (33.302).

_____. M.P: Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá, 11 de agosto de 2010. Expediente No. 05001-23-26-000-1995-00082-01(18593).

_____. M.P: Hernán Andrade Rincón. Bogotá, 3 de octubre de 2012. Expediente No. 25000-23-26-000-1998-3014-01 (23437).

_____. M.P: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, 31 de agosto de 2006. Expediente No. 68001-23-31-000-2000-09610-01(15772).

_____. M.P: Hernán Andrade Rincón. Bogotá, 14 de marzo de 2013. Expediente No. 25000-23-26-000-1999-00791-01(23632).

_____. M.P: Jesús María Carrillo Ballesteros. Bogotá, 24 de enero de 2002. Expediente No. 25000-23-26-000-1994-9875-01(12706).

_____. M.P: Hernán Andrade Rincón. Bogotá, 8 de junio de 2011. Expediente No. 19001-23-31-000-1997-03715-01(19360).

_____. M.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Bogotá, 12 de febrero de 2014. Expediente No. 88001-23-31-000-2005-00050-01(34125).

_____. M.P: Hernán Andrade Rincón. Bogotá, 9 de octubre de 2013. Expediente No. 25000-23-26-000-2001-02817-01(30286).

_____. M.P: Gladys Agudelo De Ordoñez. Bogotá, 16 de septiembre de 2011.
Expediente No. 88001-23-31-000-1998-00031-01(22030).

_____. Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales. Bogotá, 2014.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. M.P: Antonio Barrera Carbonell.
Sentencia C-197, 20 de mayo de 1993.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala De Casación Civil, M.P: José
Fernando Ramírez Gómez. Bogotá, 11 de septiembre de 2002. Expediente No.
6430.

_____. M.P: José Fernando Ramírez Gómez. Bogotá, 30 de enero de 2001.
Expediente No. 5507.

_____. M.P: Ruth Marina Díaz Rueda. Bogotá, 1 de diciembre de 2011.
Expediente No. 05001-3103-008-1999-00797-01.

_____. M.P: Ariel Salazar Ramírez. Sentencia, 18 de diciembre de 2012.
Expediente No. 05266-31-03-001-2004-00172-01.

_____. M.P: Ariel Salazar Ramírez. Sentencia, 5 de agosto de 2014. Expediente
No. 11001-31-03-003-2003-00660-01.

_____. M.P: William Namén Vargas. Bogotá, 17 de noviembre de 2011.
Expediente No. 11001-3103-018-1999-00533-01.

_____. M.P: William Namén Vargas. Bogotá, 9 de septiembre de 2010.
Expediente No. 17042-3103-001-2005-00103-01.

_____. M.P: Margarita Cabello Blanco. Bogotá, 4 de agosto de 2014.
Expediente No. 11001-31-03-003-1998-07770-01.

_____. M.P: Pedro Octavio Munar Cadena. Bogotá, 24 de junio de 2008.
Expediente No. 11001-31-03-038-2000-01141-01.

COLOMBIA. ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA. Documentos Complementarios a Módulo Estructura de la Sentencia Judicial en Curso de Formación Judicial inicial. Bogotá, 2009.

CUBIDES CAMACHO, Jorge y CUBIDES DELGADO, Juanita. Obligaciones. 5 ed. Bogotá: JAVEGRAF, 2005. ISBN 958-9502-237.

DE CUPIS, Adriano. El daño. Teoría general de la responsabilidad civil. 2 ed. Traducido por Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1975. ISBN 84-7162-664-0.

DEIK ACOSTA-MADIEDO, Carolina. Responsabilidad civil médica. Elementos, naturaleza y carga de la prueba. En: Revista de Derecho Privado de la Universidad de Los Andes. Junio, 2010, Vol. 43. ISSN 1909-7794.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General del proceso. Tomo I. Citado en: CAL LAGGIARD, Maximiliano. Principio de congruencia en los procesos civiles. En: Revista de derecho de la Universidad de Montevideo. ISSN 15105172.

DÍEZ-PICAZO, Luis y DE LEÓN, Ponce. Fundamentos de derecho civil patrimonial. Barcelona: Editorial Thomson, 2007. Tomo V. Citado en: ROJAS QUIÑONES, Sergio y MOJICA RESTREPO, Juan Diego. De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana. En: Vniversitas. Julio, 2014, Vol. 12. ISSN 0041-9060.

FORTICH ARIZA, Alma. El factor de imputación de la responsabilidad profesional en la doctrina moderna. En: Revista de derecho Universidad del Norte. Julio-diciembre, 2010, Vol. 34. ISSN 0121-8697.

GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe. Los perjuicios derivados del incumplimiento del deber de solicitar el consentimiento informado al paciente. En: Investigaciones Andina. Enero-junio, 2013, Vol. 15, No. 26. ISSN 0124-8146.

GUZMÁN MORA, Fernando et al. De la responsabilidad civil médica. Medellín: Biblioteca Jurídica DIKÉ, 1995. ISBN 958-9421-12-1.

HENAO PÉREZ, Juan Carlos. El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. ISBN 958-616-360-1.

_____. De las distintas formas de concebir la tipología de los perjuicios. En: Colección Conmemorativa Revista Responsabilidad Civil y del Estado IARCE. Tomo VI, 29-32 Ed. ISSN 978-958-59104-6-1.

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica. Colección ensayos No. 11. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2011. ISBN 978-958-716-381-0.

_____. Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Homenaje al profesor Javier Tamayo Jaramillo. Medellín: Biblioteca Jurídica DIKÉ, 2011. Tomo I. ISBN 978-958-731-068-9.

LE TOURNEAU, Philippe. La responsabilidad civil. Traducido por Javier Tamayo Jaramillo. Bogotá: Legis Editores S.A., 2004. ISBN 978-958-653-400-0.

LUNA YERGA, Álvaro. Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria. En: InDret. Revista para el análisis del Derecho. Mayo, 2005. ISSN 1698-739X.

MAZEAUD y TUNC. Tomo I. Citado en: VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio. Responsabilidad civil extracontractual. Bogotá: Temis S.A. Editorial, 2009. ISBN 978-958-35-0737-3.

MEDINA ALCOZ, Luis. Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades. En: Revista de la asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro. Abril-junio, 2009, Vol. 30. ISSN 1887-7001.

_____. Luis. La responsabilidad proporcional como respuesta a la incertidumbre causal: ¿problema de daño, de causa o de prueba? (A propósito de las observaciones de Marina Gascón Abellán). En: Colección Conmemorativa Revista Responsabilidad Civil y del Estado IARCE. Tomo VI, 29-32 Ed. ISSN 978-958-59104-6-1.

_____. La teoría de la pérdida de oportunidad. Thomson, 2007.

MORENO QUIJANO, Fernando. ¿Responsabilidad civil sin perjuicio? De cómo devolverle al daño lo que es del daño. En: ENCUENTRO INTERNACIONAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL IARCE (X: 2015: Bogotá).

ORREGO MOSCOSO, Martín Giovanni. La pérdida de oportunidad. Buenos Aires, 2014. Trabajo de módulo (Doctor en Derecho). Universidad Nacional de Buenos Aires. Facultad de Derecho.

ROJAS QUIÑONES, Sergio y MOJICA RESTREPO, Juan Diego. De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana. En: Vniversitas. Julio, 2014, Vol. 129. ISSN 0041-9060.

RUIZ, Wilson. La responsabilidad médica en Colombia. En: Revista Criterio Jurídico Santiago de Cali. 2004, Vol. 4. ISSN 1657-3978.

SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Instituciones de responsabilidad civil. Colección profesores. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1996. ISBN 958-9176-98-4.

SAVATIER, René. Traité de responsabilité civile en droit français. 2 ed. París. Tome I. Citado por: YEPES RESTREPO, Sergio. La Responsabilidad Civil Médica. 5 ed. Medellín: Biblioteca jurídica DIKÉ, 2002. ISBN 958-9276-29-6.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. 2 ed. Bogotá: Legis Editores, 2007. Tomo I. ISBN 978-958-653-559-5.

_____. Tratado de Responsabilidad Civil. 2 ed. Bogotá: Legis Editores S.A., 2007. Tomo II. ISBN 978-958-653-560-1.

_____. Reflexiones sobre la ontología del daño, y los diversos daños extrapatrimoniales. En: ENCUENTRO INTERNACIONAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL IARCE (X: 2015: Bogotá).

TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Pérdida de una oportunidad ¿Un perjuicio indemnizable en Chile? En: ENCUENTRO INTERNACIONAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL IARCE (X: 2015: Bogotá).

TRIGO REPRESAS. Félix Alberto. Reparación de daños por mala praxis médica. Hammurabi. Citado en: HERRERA MOLANO, Luz Andrea. La pérdida de la

oportunidad en la responsabilidad civil médica en Colombia. Bogotá, 2009. Trabajo de grado (Especialista en Derecho de la Responsabilidad). Universidad de la Sabana. Área de Derecho.

VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto Antonio. Prueba de la culpa médica. Medellín: Biblioteca Jurídica DIKÉ, 1995. ISBN 958-9276-97-0.

VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio. Responsabilidad civil extracontractual. Bogotá: Temis S.A., 2009. ISBN 978-958-35-0737-3.

VINEY, Geneviève et JOURDAIN, Patrice. Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité. París: LGDJ, 1998. ISBN 2-275-00176-X.

VISINTINI, Giovanna. Tratado de la responsabilidad civil Traducido por Aída Kemelmajer de Carlucci. Buenos Aires: Atrea, 1999. ISBN 950-508-529-X.

YEPES RESTREPO, Sergio. La Responsabilidad Civil Médica. 5 ed. Medellín: Biblioteca jurídica DIKÉ, 2002. ISBN 958-9276-29-6.

YONG, Samuel y RODRÍGUEZ YONG, Camilo A. Pérdida de oportunidad. En: Via Inveniendi Et Iudicandi. Julio- diciembre, 2011, Vol. 6, No. 2, 12 ed. ISSN 1909-0528.