

La Pérdida de Oportunidad Dentro de la Responsabilidad Civil Médica en Colombia

**Kelly Johanna Aguilar Carrillo
María del Pilar Márquez Márquez**



**UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR SEDE CUCUTA
FACULTAD DE DERECHO
PROGRAMA ACADEMICO DE DERECHO
SAN JOSE DE CUCUTA
2018**

La Pérdida de Oportunidad dentro de la Responsabilidad Civil Médica en Colombia

**Kelly Johanna Aguilar Carrillo
María del Pilar Márquez Márquez**

*Anteproyecto de Trabajo de investigación presentado como prerrequisito para optar por el
título de abogado*

Docente:
NAHIM NUMA SAN JUAN
Doctor



**UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR SEDE CUCUTA
FACULTAD DE DERECHO
PROGRAMA ACADEMICO DE DERECHO
SAN JOSE DE CUCUTA
2018**

CONTENIDO

TITULO	5
1 PROBLEMA	5
1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	5
1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA:	11
1.3 OBJETIVOS:	12
1.3.1 OBJETIVO GENERAL:	12
1.3.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS:	13
1.4 JUSTIFICACIÓN:	13
2. MARCO REFERENCIAL:	15
2.1 ANTECEDENTES:	15
2.2 MARCO O BASES TEORÍCAS:	21
1.1 2.3 BASES CONCEPTUALES:	33
2.4 MARCO O BASES LEGALES	35
3. METODOLOGÍA:	37
3.1 Paradigma de la Investigación:	38
3.2 Enfoque de la investigación:	39
3.3 Diseño de la Investigación:	41
3.4 Técnicas e Instrumentos de recolección de datos:	42
4. ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN	44
4.1 RESULTADOS:	44
4.1.1 Objetivo Específico Primero	44
4.1.2 Objetivo Específico Segundo	48
4.1.3 Tercer Objetivo Específico	52

	4
4.2 DISCUSIÓN:	55
5. CONCLUSIONES:	56
6. RECOMENDACIONES:	58
7. ASPECTOS ADMINISTRATIVOS:	59
7.1. Recursos Necesarios:	59
7.2 Cronograma de actividades:	60
2 . REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:	61
9. Anexos:	72
Anexo 1. Formato de Instrumentos Aplicados:	72

TITULO

LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD DENTRO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN COLOMBIA

1 PROBLEMA

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Para el mundo del Derecho, como ciencia social, no es un secreto que el mismo, tiene una pluralidad de vínculos o nexos con otras ciencias, pues en cada actividad o

espacio de la vida humana, existen riesgos y en cada riesgo se encuentran diversos derechos tutelados que a diario son vulnerados o lesionados; los humanos como seres que viven constantemente relacionándose, en el desarrollo de su conducta, es normal que en ocasiones, puedan llegar a cometer equivocaciones e incurrir en responsabilidad, lo cual se vuelve característico de la vida social. Esa responsabilidad viene representada para el mundo jurídico como aquel deber de indemnizar el daño que esa conducta pueda ocasionar (Vidal, 2001).

Particularmente en el campo de la medicina, se pueden presentar diferentes tipos de vulneraciones y de daños, los cuales tienen como base generadora, el acto médico. Es por esta razón que resulta necesario vigilar la práctica médica, y en igual sentido, atribuir responsabilidad al profesional que no guarda diligencia, pericia y cuidado en su actuar; A este tipo de responsabilidad en el ámbito del Derecho se le denomina responsabilidad civil médica, bien sea, contractual o extracontractual.

Si bien es cierto, el ordenamiento jurídico en cuanto al tema es un poco confuso y complejo, ya que dentro del Derecho, la responsabilidad medica puede ser observada desde diferentes aristas, como bien lo pueden ser: la jurisdicción penal, la jurisdicción civil y la jurisdicción administrativa; actualmente en el Derecho, la responsabilidad medica se ha convertido en un tema de debate central, puesto que cada día y cada vez con más frecuencia, son sonados los casos públicos de personas que ejercen y practican la medicina sin el cuidado y el profesionalismo adecuado para salvaguardar la integridad, la salud y en definitiva, la vida de sus pacientes. Así pues, el acto médico, en su sentido negativo, causante de daños atribuibles a la negligencia, impericia o falta de cuidado por parte del

profesional que los realiza, es la acción, sobre la que el mundo del Derecho debe manifestarse para proteger y garantizar, los más esenciales derechos humanos como la vida, la integridad física y mental, la dignidad humana y el derecho a la salud; garantías que comportan una honda e indiscutible transcendencia para el orden jurídico colombiano.

Entre la heterogeneidad de daños que pueden atribuirse a un actuar médico, uno de ellos, especialmente, es la pérdida de oportunidad; daño que desde la óptica del derecho administrativo ha sido ampliamente discutido y desarrollado, no siendo igual, desde la perspectiva del derecho civil, puesto que en esta jurisdicción, la propuesta ha sido insipiente, casi nula, tanto por parte de la legislación patria, como de la jurisprudencia e incluso de la doctrina nacional.

Antes de proceder a reflexionar a profundidad sobre la pérdida de oportunidad como un daño autónomo e indemnizable en la responsabilidad civil médica, es necesario apuntalar primero al concepto de responsabilidad y la contextualización que esta ha tenido en la historia, ya que siendo la responsabilidad una obligación, Vidal (2001) afirma que: “esta se remonta a las primeras manifestaciones de la actividad humana y, por ello, al origen del mismo derecho” (p.389).

Los orígenes del derecho occidental tienen su cuna en la gran civilización romana de la cual podemos extraer entre muchas otras cosas, incluso como máximas de los sistemas jurídicos actuales, los principios del gran jurista romano de origen Fenicio Ulpiano, el cual trabajó con tres principios rectores que funcionan como pilares del derecho válido, principios que son: *honeste vivere*, es decir, vivir honestamente, el

suum cuique tribuere, dar a cada cual lo suyo y *alterum non laedere* que quiere decir no dañar al otro; siendo este último el principal principio dentro de la responsabilidad y la noción misma del Derecho que cobra sentido en cuanto a la vida en sociedad, toda vez que el daño que se ocasiona a otro, entra en consideración de la responsabilidad; en razón a lo anterior se puede inferir que el Derecho no guarda o protege a aquel que comete perjuicio en contra de otro, sino que, al contrario, hace que nazca una obligación en el sentido jurídico de indemnizar, resarcir o reparar por ese daño ocasionado (Herrera, 2016).

En igual sentido, Tamayo (2007) en su tratado de responsabilidad civil, sostiene que esta “como fuente de las obligaciones encuentra sus raíces jurídicas en los hechos ilícitos” (p.8), es decir, que todo comportamiento ilícito de un individuo que pueda generar daño a un tercero, es susceptible de generar el deber de responder, y por ende, de indemnizar el perjuicio que se ocasione a otro, con el único propósito de dejar al afectado en una situación más o menos igual, al estado en que se encontraba, antes de la ocurrencia del hecho dañino.

La responsabilidad civil como se dijo anteriormente encuentra su forma en dos grandes categorías, por un lado, la contractual, y por otro lado, la extracontractual. Según el diccionario de la real academia española este asemeja lo contractual con lo que es procedente o derivado de un contrato y lo extracontractual, con aquello que no procede de un contrato, que está por fuera de un contrato. En igual sentido, Tamayo en su Tratado nos hace un paralelo entre la una y la otra, y nos dice que pese a que tienen elementos comunes como lo son un comportamiento activo u omisivo, un perjuicio y un nexo de causalidad, existen ciertas diferencias que impiden unificar los dos sistemas, entre estas, encontramos

la prescripción, la capacidad para cometer el hecho ilícito, la solidaridad, la indemnización, la jurisdicción, la competencia y la culpa (Tamayo,2007).

Según diferentes doctrinantes la responsabilidad posee tres elementos, un daño, una conducta y un nexo causal. El daño como un elemento principal de las obligaciones, tal cual, como lo estatuye el artículo 2341 del Código Civil Colombiano, es una consecuencia de un hecho que ha ocasionado un perjuicio a otro. En ese orden, entonces, la conducta vendría siendo aquel acto que ocasiono el perjuicio y el nexo causal el hilo conductor que conecta el hecho con el perjuicio (Acosta, 2010).

El tema de esta investigación se centra en un tipo de daño denominado “perdida de oportunidad” que para la responsabilidad médica podría definirse tal y como lo hace Trigo (2008):

La pérdida de 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 podría saber si el afectado por el mismo habría o no obtenido una ganancia o evitado una pérdida de no haber mediado aquél; ósea 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 posibilidades (p. 241).

Según lo anterior se deduce que el daño por pérdida de oportunidad es aquel que surge cuando la actuación del profesional médico reduce la expectativa que pudo haber tenido la víctima de padecer una pérdida menor u obtener un beneficio o ventaja.

Como se ha mencionado anteriormente es muy común para el Derecho encontrar nexos con otras ciencias, así pues, esta investigación tendrá su eje central en el campo de la medicina y la responsabilidad que tiene el profesional médico cuando el daño se ve reflejado en la pérdida de una oportunidad.

Es importante definir y conceptualizar que es el acto médico, de cara a poder comprender la noción de responsabilidad médica. Según Guzmán y Cols. (1994) el acto médico se define de la siguiente manera:

Es una forma especial de relación entre personas; por lo general una de ellas, el enfermo, acude motivada por una alteración en su salud, a otra, el médico, quien está en capacidad de orientar y sanar, de acuerdo a sus capacidades y al tipo de enfermedad que el primero presente. A través del acto médico se intenta promover la salud, curar y prevenir la enfermedad y rehabilitar al paciente (p. 139).

Es decir que el acto médico es aquel en el cuál una persona entrega algunos de sus derechos más valiosos, como lo son la vida en conexidad con la salud; por lo anterior se puede deducir que el Galeno o profesional debe ser muy diligente en su actuar para que mediante sus conocimientos, diligencia y pericia no menoscabe los derechos de su paciente y que su actuar no termine generando un agotamiento de la vía judicial.

Para que el acto médico pueda ser catalogado como tal, son necesarias (Guzmán y Cols, 1994) cuatro características principales que son: (I).la profesionalidad ya que solo un médico titulado puede ejercer el acto, (II).la ejecución típica conforme a la “LEX ARTIS AD HOC”, (III).su objetivo que es la rehabilitación y/o curación, y (IV).la licitud, pues su actuar debe ser concordante a la ley.

Pese a que el oficio de la medicina es uno de los más antiguos del mundo, la tesis de la pérdida de oportunidad dentro de la responsabilidad médica en cuanto a la jurisdicción civil es un tema realmente novedoso, pues la jurisprudencia y la doctrina que ha tratado el tema en Colombia resulta ser cuando menos muy exigua; sin embargo, la misma materia en la jurisdicción contenciosa administrativa ha sido comenzada a estudiar, desde antes del año 2000, toda vez que en ocasiones la falla no solo es imputable al profesional médico sino también al sistema estatal, ya que este en su deber de proteger a los ciudadanos, tiene la obligación de proporcionar al profesional de la medicina, un conjunto de herramientas idóneas y necesarias con la finalidad de poder ejercer su actividad en conjunto con la administración de una forma armoniosa. Posición teórica judicial que en la línea civil experimenta profundas variaciones, por cuanto el Estado no está en la obligación de responder por daños que inflijan profesionales médicos particulares que no estén en una relación de sujeción para con él, o en su plena representación para llevar a cabo los fines del Estado o las protección obligaciones a que él se obliga.

1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA:

De acuerdo a lo planteado anteriormente, mediante esta investigación se conocerá:

¿Cuál ha sido el impacto que ha tenido la aplicación que ha tenido el daño por pérdida de la oportunidad, dentro de la responsabilidad civil médica?, al interior de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

1.3 OBJETIVOS:

1.3.1 OBJETIVO GENERAL:

- Conocer el impacto de aplicación que ha tenido la pérdida de la oportunidad en el contexto de la responsabilidad civil médica, especialmente, Sala de Casación Civil.

1.3.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS:

- Diferenciar la responsabilidad civil médica contractual y la responsabilidad civil médica extracontractual según las altas cortes de la jurisdicción en Colombia.
- Estudiar la teoría del daño enfatizado en la pérdida de oportunidad como un daño autónomo e indemnizable en el sistema normativo Colombiano, Especialmente, jurisdicción Civil.
- Develar la importancia que la Corte Suprema de Justicia le ha otorgado al estudio del daño por pérdida de oportunidad en la responsabilidad médica al interior de la jurisdicción ordinaria en Colombia.

1.4 JUSTIFICACIÓN:

Dentro de la doctrina, un grupo mayoritario de académicos, concuerdan y aceptan que la responsabilidad es fuente de obligaciones jurídicas. Por ende, es necesario para el aparato judicial Colombiano esforzarse cada día por salvaguardar y ampliar la esfera de protección de los derechos de las personas, especialmente, aquellos que se encuentran en

conexidad con la vida, de tal forma que para poder cumplir con estos fines constitucionales, resultar ser un imperativo para el administrador de justicia, conocer y contar con un haz de diferentes tesis racionales, que puedan dar soporte justificativo – el deber de motivar- aquellas decisiones en las cuales, se busque proteger y satisfacer en mayor medida a la víctima de un perjuicio; ahora bien, siendo Colombia un país donde cotidianamente se pueden observar casos en los que el profesional de la medicina no actúa conforme a su código ético, como tampoco de acuerdo con la LEX ARTIS AD HOC, se hace categórica la necesidad de juzgar y tratar de remediar, en la medida que humanamente sea posible, los perjuicios ocasionados a las víctimas.

Este proyecto de investigación se centra en la Responsabilidad Civil contractual y extracontractual que tienen los profesionales de la medicina en Colombia cuando no actúan con diligencia y pericia, provocando como consecuencia de este actuar equivocado – acción u omisión- daños a las personas; siendo entonces el daño una obligación que exige ser indemnizada, para este proyecto se analizara la perdida de oportunidad dentro de la responsabilidad civil médica, toda vez que este tipo de daño no ha sido muy estudiado en la jurisdicción ordinaria ni por la jurisprudencia del alto Tribunal Civil, como tampoco por los jurisconsultos encargados de desarrollar la doctrina.

Básicamente el cuestionamiento de fondo en este trabajo de investigación radica en el análisis de la tesis de pérdida de oportunidad como daño indemnizable y su posible acogida al interior de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

A través del análisis jurisprudencial, enfocado en cuanto a los pronunciamientos realizados por la Corte Suprema de Justicia de Colombia con respecto a la pérdida de oportunidad en el campo de la responsabilidad médica, así como también, mediante el estudio de una pluralidad de los más reconocidos doctrinantes tanto nacionales, como internacionales, con el objeto de generar nuevos conocimientos a los estudiantes y profesionales de la *litis* e incentivarlos a que se utilice esta tesis como medio para lograr el resarcimiento de daños en el ámbito medico, ante los estrados judiciales.

2. MARCO REFERENCIAL:

2.1 ANTECEDENTES:

Para esta investigación es importante tener en cuenta la tesis planteada por Carlos Eduardo Infante Urquijo , Jorge Eliecer Duarte de la Universidad Simón Bolívar san José de Cúcuta (2011), titulada “Competencia para el conocimiento de los procesos derivados de

la responsabilidad médica y su campo de aplicación”, quien planteo como objetivo general establecer la eficacia de los procesos derivados de la responsabilidad médica y sus campos de aplicación en los juzgados de la ciudad de Cúcuta entre los años 2009 y 2010, como herramientas jurídicas destinadas a garantizar los derechos en los pacientes. En ese sentido la investigación en cita, fue realizada bajo un análisis cuantitativo; en este sentido, esta tesis pretendió elaborar un diagnóstico para identificar las principales causas que conllevan a la aplicación de la responsabilidad de los médicos, especialmente los casos conocidos por los juzgados civiles de Cúcuta.

La responsabilidad derivada de la prestación de servicio de salud estéticos es un asunto de gran relevancia en los tiempos actuales, por eso es significativo para esta investigación la tesis planteada por Angie Desiree Morales Salcedo, DivisEloisa Pita Pita, Landis Leal de la Universidad Simón Bolívar san José de Cúcuta (2014), titulada “Pertinencia jurídica del consentimiento en procedimientos médicos estéticos frente a posteriores reclamaciones de responsabilidad médica en Cúcuta ”, quienes plantearon como objetivo general, analizar la pertinencia jurídica del consentimiento informado en procedimientos médicos estéticos frente a posteriores reclamaciones de responsabilidad médica en Cúcuta; en ese sentido la investigación en referencia, fue realizada bajo un análisis cualitativo; en esta tesis se pretendió afirmar y sostener que, sí, si tiene validez jurídica el consentimiento informado por parte de los pacientes, sin embargo este siempre está sujeto a un control de legalidad en caso de que los pacientes consideren acceder a la justicia ordinaria cuando crean ser víctimas de un hecho dañoso de parte de los profesionales de la salud, como consecuencia de una mala praxis médica, una omisión o una falla en el servicio. así las cosas, se puede concluir que para el médico la firma del

consentimiento informado de los pacientes, no es garantía para no ser demandados, ya que si existe una mala praxis médica como profesionales de la medicina, sus actuaciones siempre estarán sujetas en el ámbito de su profesión a un juzgamiento y valoración por parte de un tribunal.

En la Responsabilidad Civil contractual y extracontractual que tienen los profesionales de la medicina en Colombia cuando estos no actúan con diligencia en el ejercicio de su actividad, provocando por ende, daños a las personas, se hace importante entonces, para esta investigación, la tesis planteada por Diego Alejandro Herrera Montañez de la Universidad Colegio mayor de nuestra señora del rosario (2016), titulada “El daño y el nexo causal en la pérdida de la oportunidad”, quien planteo como objetivo general estudiar el nexo de causalidad como elemento estructural de la responsabilidad cuando este es difuso. En este sentido esta investigación fue realizada bajo un análisis documental, en esta tesis el autor da a entender, a la pérdida de oportunidad como una teoría especial de causalidad y no como un criterio autónomo del daño, haciendo énfasis en el elemento de certeza que caracteriza al daño, lo que como resultado lleva a deducir que la pérdida de oportunidad no es un daño material ni moral sino que es un tema de causalidad y que tiene como fundamento la certeza del mismo.

La indemnización de perjuicios causados por la responsabilidad civil médica, que le sean imputables a las aseguradoras como lesiones personales y/o muerte por actos u omisión cometidos en el ejercicio de una actividad profesional médica por personal médico es considerable para esta investigación, por cuanto la tesis planteada por María Elisa Morón

Baute y María Fernanda Ramírez García, de la universidad javeriana facultad de ciencias jurídicas (2002), titulada “contrato de seguro de responsabilidad civil medica”, establecieron como objetivo general, la responsabilidad civil profesional y su correspondiente seguro. En ese sentido la investigación fue realizada bajo un análisis documental, en esta tesis las autoras dan a entender que la responsabilidad civil profesional, se compromete cuando se incumple un deber jurídico a cargo, el cual trae como consecuencia un daño que puede ser contractual o extracontractual, por lo tanto esta clasificación le es aplicable a la actividad médica.

El daño es unos de los elementos estructurales de la responsabilidad civil es por eso sustancial para esta investigación la tesis planteada por Laura Ceballos Klinkert de la universidad Eafit facultad de derecho (2016) titulada “la perdida de la oportunidad en la responsabilidad civil médica, ¿un daño indemnizable en Colombia?, quien planteo como perdida de oportunidad se analizada como un daño autónomo. En este sentido esa investigación fue realizada bajo un análisis documental, en esta tesis la autora da a entender que la perdida de oportunidad debe tratarse 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; así pues la responsabilidad civil medica 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.

Ante una prestación de servicios de salud imprudente que trae como consecuencia un daño a un tercero denominado víctima, están obligados a reparar el perjuicio todos aquellos en cuyo actuar faltaron al deber objetivo de cuidado, por ende es necesaria para esta investigación la tesis planteada por Elvira del Pilar Ibáñez Mosquera de la universidad Javeriana ciencia jurídica (2009), titulada “la teoría de la perdida de oportunidad en Colombia un tema de incertidumbre en la causa o en el daño” quien planteo como objeto general estudiar la perdida de oportunidad y como es aplicada en la práctica. En ese sentido, esa investigación fue realizada bajo un análisis documental, en esta tesis la autora da a entender como ha sido concebida la teoría en el ordenamiento jurídico colombiano, revisando que opinan las altas cortes del país y como se ha aplicado en la práctica, si es que se ha hecho, o como se aplicaría de ser acogida la teoría. Saber si los jueces conciben la perdida de oportunidad desde la vertiente de la incertidumbre en el nexo causal o desde el punto de vista de daño, así como saber qué implicaciones tendría aplicar la teoría de la perdida de oportunidad en Colombia.

En el desarrollo de nuestra actualidad la cirugía plástica ha generado un problema y un conflicto, respecto de la inseguridad médica y el tratamiento que debe dársele desde la óptica del Derecho. Por esta razón, la tesis planteada por Lorena Isabel Usuga Higueta de la Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá (2012), titulada “Responsabilidad Medica en cirugía plástica estética”, quien planteo como objetivo general, realizar un análisis bibliográfico descriptivo del tema relacionado con la responsabilidad médica en cirugía estética, cuando en algunos casos, las mismas son causantes de perjuicios al paciente, en este caso el usuario de los servicio de salud. En este sentido, esa investigación fue realizada

bajo un análisis documental descriptivo, en esta tesis la autora sostiene que cuando la víctima o el operado, desconoce la taxonomía o clasificación de los perjuicios causados con el daño o lesión, violan sus derechos a una reparación integral, puesto que dependiendo de los perjuicios solicitados en las acciones civiles, se concederá la indemnización de estos. Una reparación integral entendida como una serie de medidas encaminadas a regresar a las víctimas a la situación en cual se encontraba antes del procedimiento, o para reducir los perjuicios causados con el daño.

Un incumplimiento contractual puede derivar indemnizaciones por perjuicios causados, es por eso interesante para esta investigación la tesis planteada por Gabriela Medina Rojas, Ivonne Miranda Muñoz de la Universidad de Chile (2013), titulada “responsabilidad contractual médica. Análisis jurisprudencial de las obligaciones de resultado”, quien planteo como objetivo general describir la tendencia jurisprudencial en esta última década de la responsabilidad contractual médica, específicamente de las obligaciones de resultado. En este sentido, la investigación en cita, fue realizada bajo un análisis documental descriptivo, en esta tesis la autora afirma que la jurisprudencia en esta última década, al igual que la doctrina, se ha decantado por aceptar la responsabilidad medica como un tipo de obligaciones de actividad y de resultados; sin embargo esta admisión se ha visto entrabada en un proceso tímido e inhibido por la facilidad de atacar la responsabilidad en sede extracontractual.

La negligencia médica tiene como consecuencia, en su escenario más grave, la lesión o muerte de los pacientes. Es por eso pertinente para esta investigación la tesis planteada por Miguel Ángel Pedro Calvo Riquelme, Carlos Alberto Godoy Chávez de la Universidad de Chile (2015), titulada “Negligencia médica un tema complejo”, quien plantea como objetivo general determinar las principales razones de complejidad de la negligencia médica. Investigación en la cual han realizado una amplia y categórica conceptualización de los términos ad-hoc, en este sentido esta investigación fue realizada bajo un análisis documental. En la tesis en referencia, el autor da a entender que lo anterior ha producido muchas reclamaciones contra médicos, por la mala praxis, traducida en denuncias y querellas por dichas actuaciones negligentes de los profesionales. Es necesario tener precisión y claridad en la parte conceptual de la responsabilidad medica, diferenciando la responsabilidad dolosa de la culposa.

2.2 MARCO O BASES TEORÍCAS:

Como sustento teórico, y como resultado de una previa investigación se relacionan varias teorías que se han desarrollado acerca de la responsabilidad civil médica, el daño y la pérdida de la oportunidad:

RESPONSABILIDAD CIVIL:

Hoy día el tema de responsabilidad se ha convertido en un tema de vital importancia y trascendencia toda vez que en esta se puede encontrar el nacimiento de una obligación que se hace indemnizable (Ramírez, 2001). Gaudemet (2006) asegura que: “el cumplimiento normal es la prestación en especie del objeto de la obligación” (p. 9).

Si bien es cierto la responsabilidad civil es un tema que ha sido estudiado desde mucho antes de la Constitución Política y del Código Civil Colombiano toda vez que el antecedente principal se encuentra en el derecho romano (López, 2004); esto ha sido estudiado por diversos doctrinantes entre los cuales se encuentra G. Grosso quien afirma que: “la obligación constituye uno de los frutos más significativos de la elaboración romana del derecho” (citado Schipani, 2011, p.21).

En el derecho civil el cumplimiento de una obligación consiste en dar, hacer o no hacer una cosa (Gaudemet, 2006). Para que la responsabilidad civil sea indemnizable como una obligación necesita que el acto que se haya cometido constituya un hecho jurídico, en este sentido León Barandiarán afirma que “...el acto jurídico es una especie dentro del hecho jurídico...” (Citado Alfaro, s/f, p.8).

Es decir que la responsabilidad como una obligación se constituye en el hecho de tener que reparar o indemnizar un daño cometido a X o Y persona que haya sufrido el estropicio.

Primero que nada es indispensable para esta investigación abordar los dos grupos de la responsabilidad civil, Tamayo (2007) hace un paralelo entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual señalando que ambas figuras son totalmente diferentes y no se pueden mezclar por ende es necesario que el intérprete sepa cuál es el régimen aplicable a cada caso concreto.

Si bien es cierto la responsabilidad es un tema que se puede encontrar en diversos ámbitos pues como se dijo anteriormente esta puede estar o no derivada de un contrato, cuando se dice que la responsabilidad civil no deriva de un contrato se está refiriendo a la responsabilidad civil extracontractual (Tamayo, 2007), en esta, cualquier persona puede ser la comisora del hecho que genera la responsabilidad y que en consecuencia puede recaer sobre cualquier persona u objeto.

Para concluir es importante conocer que para que se pueda buscar una indemnización por responsabilidad civil ya sea contractual o extracontractual son necesarios unos elementos o presupuestos que son:

Un comportamiento; la acción u omisión que debe haber producido un daño, la existencia de un nexo causal entre el comportamiento y el daño, por ultimo debe haber un criterio de imputación de la responsabilidad que normalmente es la culpabilidad del actor que ocasiono el hecho lesivo (Gonzales, 2013).

LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA:

Esta investigación se centra en el estudio de un tipo de daño denominado pérdida de oportunidad visto dentro del contexto de la profesión médica toda vez que en esta, por el riesgo que se corre con su práctica es muy dada a generar daños en los individuos, del mismo modo Domingo Bello Janeiro en su libro *La Responsabilidad médica* afirma que el ejercicio del médico es de actividad y no de resultado siempre y cuando esta dicha actividad se lleve a cabo de una forma profesional de acuerdo a su especialidad y al caso en concreto (Bello, 2011).

Para poder hablar de la responsabilidad que tienen los médicos con su actuar dañoso es primero importante definir el acto médico ya que este constituye fuente para poder establecerla; el acto médico se define como aquella relación entre el profesional médico y el paciente en donde el segundo busca una mejoría en su salud o evitar un perjuicio en la misma (Guzmán y cols. 1994).

En cuanto a la relación contractual que emerge entre el médico y el paciente es bien sabido que:

Por regla general se celebra entre médico y su paciente un contrato y, consecuentemente, la responsabilidad emergente será de esa índole. No obstante, también reconocemos que existen diversas situaciones en que la responsabilidad del galeno tendrá naturaleza extracontractual, como las siguientes: a) en el caso que el paciente fallezca como consecuencia de la atención médica y quienes reclaman son los familiares; b) servicios requeridos por un tercero, distinto del paciente, siempre que no haya representación legal o voluntaria; c) prestación realizada contra la presunta voluntad del beneficiado (caso del suicida que es atendido por un

facultativo); d) servicios prestados espontáneamente en casos de urgencia; e) la atención de un incapaz de hecho sin poder comunicarse con su representante legal; f) si el contrato celebrado entre el facultativo y el pacientes es nulo por carecer de alguno de sus elementos esenciales(García, 2009, p. 5).

De lo anterior es válido decir que la relación extracontractual entre el médico y el paciente puede surgir en cualquier momento de la cotidianidad, esto para los ojos de la legislación Colombiana no es eximente de castigo pues la extracontractualidad también se encuentra regulada jurídicamente.

Es importante tener en cuenta las características que comprenden el acto médico a la hora de hablar de responsabilidad, entre estas se tiene en primera medida que solo un profesional médico puede ejecutar la acción, así mismo su acto debe atender a la LEX ARTIS, que su objetivo sea la curación o rehabilitación del paciente y la licitud de su acto (Rivera, 2012).

Es importante tener en cuenta que la responsabilidad civil del médico se encuentra ligada a la mala praxis o a las malas prácticas; en este entendido Ruiz la define como:

Una situación de impericia, negligencia o indolencia profesional, donde el Galeno produce un resultado que no previó, que no anticipó y que sin embargo era anticipable, representable, y objetivamente previsible. Y donde la imprudencia grave es entendida como la omisión de todas las precauciones exigibles que debieron adoptarse en el suceso o evento de que

se trate, o al menos de las más elementales o rudimentarias sancionadas a título de delito (citado Rivera, 2012 p.25)

Colombia es un país en el que actualmente la profesión de la medicina se ve como un oficio de medios y no de resultados es decir que el médico dentro de todo su ámbito de acción no está obligado a garantizarle al paciente su salud pero si a brindarle todos sus conocimientos en pro de lograr una mejoría (Ruiz, 2004), esto quiere decir que aquel médico que actúa bajo los estándares de la diligencia y la pericia no estará obligado responder civilmente por resultados contrarios a los esperados por su paciente.

Como ya se ha establecido anteriormente en este trabajo investigativo “una persona es responsable cuando sobre ella recae la obligación de indemnizar a otra por haberle causado perjuicio o menoscabo en su persona o en sus bienes” (Rivera, 2012, p. 108) para esto es necesario contar con los elementos generadores de responsabilidad como los establecidos por Colombo que son primero aquel hecho humano positivo o negativo es decir aquella acción generadora del perjuicio, la negación del derecho ajeno, un perjuicio efectivo o un daño, un nexo causal entre la conducta realizada por el profesional de la medicina y las consecuencias de la misma, así como aquella condición de imputabilidad del sujeto agente o comisor del perjuicio (citado, Rivera 2012).

Si bien es cierto para que se le pueda imputar al profesional médico una conducta dañosa como se dijo anteriormente es necesario establecer un nexo causal entre la culpa y el hecho que genero el daño, es decir que la responsabilidad del médico ya sea contractual

o extracontractual “ha de fundamentarse en un reproche culpabilístico” (Bello, 2011, p. 25).

Cumpliendo así con los presupuestos establecidos por la responsabilidad civil.

EL DAÑO:

El diccionario de la Real Academia Española (DLE) dice que la palabra daño proviene del latín *damnum* y que consiste en causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia a alguien; en el mundo del Derecho diversos autores definen el daño, algunos de estos son:

Javier Tamayo quien afirma que: “el daño es aquel menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extrapatrimonial” (Tamayo, 2007, p.4).

Henao define el daño como toda lesión a los intereses lícitos de una persona, trátase de derechos pecuniarios o no, de individuales o colectivos, que se presentan como la lesión definitiva del derecho o como la alteración de su goce pacífico y que de encontrarse reunidos los otros elementos de la responsabilidad civil, es objeto de reparación (citado, Peñuela 2013).

Para los hermanos Mazeud el daño es uno de los elementos que configuran la responsabilidad civil (citado, Acosta 2010). Pues bien esta afirmación es compartida por toda la doctrina que estudia la responsabilidad civil, pues si no hay un daño, no existiría la

obligación de indemnizar o reparar siendo esta la que se estructura como fuente de obligación.

El daño como una obligación no se limita tan solo a la minoración patrimonial pues para que este sea reparable o indemnizable debe cumplir con unos requisitos trascendentales para que su ocurrencia sea susceptible de una indemnización tal y como señala:

Mosset Iturraspe afirma que el daño debe ser cierto y no puramente eventual o hipotético para ser indemnizable. Aclara que la exigencia de que el daño sea “cierto” no implica que debe ser “actual”, pues también es indemnizable el daño futuro-cierto. Así mismo resalta la importancia de no confundir la certeza con la fatalidad, tomando en consideración que el daño probable, que verosímelmente ocurrirá, también debe indemnizarse. (Citado Isaza, 2013, p.14-15)

Por lo anterior para que un litigante pueda buscar una indemnización por algún tipo de daño cualquiera que este sea, es necesario probar la certeza del mismo ya sea inmediata, es decir, que ocurre en la esfera actual del ínvado, o futura ósea que el detrimento en los intereses de la víctima muy probablemente se verá en el tiempo.

En el mundo del derecho cuando se está en el oficio del litigio en el campo de la responsabilidad y de cualquier otra materia no se admite ningún concepto indemnizable distinto a lo que ya se ha establecido por el legislador o la jurisprudencia, por ende la ley y

la jurisprudencia, son el marco donde el juez se moverá para poder establecer la indemnización que deberá pagar el causante del agravio (Isaza, 2013).

Algunos investigadores hacen una didáctica división del daño en dos grupos, el perjuicio patrimonial y el perjuicio extrapatrimonial, así mismo fragmenta el primero en lucro cesante y daño emergente dentro de los cuales se pueden encontrar el daño emergente consolidado o pasado y el daño emergente futuro. De igual forma hace con el perjuicio extrapatrimonial y lo fracciona en tres grupos que han sido reconocidos por la legislación Colombiana que son el daño moral, daño a la vida en relación y otros daños extrapatrimoniales (Isaza, 2013).

Para este trabajo investigativo se hace de vital importancia el estudio del perjuicio patrimonial, pues en esta categoría, se concibe el daño por pérdida de oportunidad o “*loos of chance*” toda vez que es el tema que dio nacimiento a esta sustancial investigación.

LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD:

Michel Paillet afirma que la “pérdida de oportunidad” ó “*perte d’ une chance*” ó “*loos of a chance*” es una noción de origen francés que se ha utilizado desde finales del siglo XIX, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, especialmente europea (citado, Giraldo 2011, p.15) así mismo afirma Giraldo (2011) que: el tema de la “pérdida la

oportunidad es un tema de derecho que se considera de especial importancia y actualidad, y cuyo desarrollo en nuestro medio es aún incipiente”(p. 27).

Para López y Trigo el daño por pérdida de oportunidad consiste en:

Que el perjudicado pierde la posibilidad o expectativa de conseguir o tener un bien material o inmaterial. Se trata de la llamada “*perte d’ un chance*” definida por la doctrina francesa como la desaparición de la probabilidad de un suceso favorable o pérdida de la oportunidad de obtener una ganancia la cual tiene que contemplarse de una forma restrictiva y su reparación nunca puede plantearse en los mismos términos que si el daño no se hubiera producido y el resultado hubiera sido favorable al perjudicado. (Citado, Isaza, 2013, p. 48)

Si bien es cierto la pérdida de oportunidad es un tipo de daño que se hace indemnizable tal y como ha sido discutido por las altas cortes, en este trabajo investigativo se analiza la pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil en el ámbito de la medicina para lo cual es de vital importancia la afirmación que hace Luna (2005) donde dice que la misma deviene de la actuación médica que privo al paciente de determinadas expectativas de curación o de supervivencia y que de igual forma deben ser indemnizadas.

El daño por pérdida de oportunidad debe indemnizarse cuando alcanza un determinado grado de probabilidad (Isaza, 2013). Toda vez que supone que “se indemniza

no el daño final sino el porcentaje de la oportunidad de haberlo evitado” (Asensi, 2013, p.232).

Para que se configure el daño por pérdida de oportunidad son necesarios unos requisitos, considera Luis Felipe Giraldo que estos son la aleatoriedad del resultado, una situación potencialmente apta para aspirar a conseguir el resultado esperado y una imposibilidad de obtener la ventaja que se estaba esperando (Giraldo, 2011).

Cuando el profesional de la justicia se encuentra en litigio la función principal que le dará una victoria en el caso es la prueba, pues bien atendiendo a lo que se ha dicho “para calcular la pérdida de oportunidad o de chance debe acudirse a ficciones que no se encuentran en pruebas realmente existentes” (Isaza, 2013, p. 49). Esto quiere decir que el debate probatorio cuando se está pidiendo una indemnización por pérdida de oportunidad se basará en supuestos futuros pero que deben ser ciertos.

En materia médica Asensi (2013) afirma que:

Es fácil imaginar la existencia de supuestos en los que se produce una confluencia de causas en la producción del resultado dañoso sobre la vida, la salud o la integridad física del paciente; supuestos en los que influye la propia patología del paciente, e incluso la complejidad de la intervención o el tratamiento que se debe aplicar influyen en la producción del resultado.
(p. 233)

Por lo anterior es indispensable que el litigante no caiga en yerro al intentar probar el hecho sino el nexo de causalidad que tiene este con el daño ya que ese vínculo será el que produzca la obligación de indemnizar a su contraparte.

Ahora bien es importante tener en cuenta la esfera dentro de la cual se hará valedero dicho perjuicio pues su principal característica es su autonomía, si bien es cierto como lo afirma Giraldo la frustración de una oportunidad se entiende como parte del patrimonio de la víctima por ende no puede ser tomado como un daño subsidiario.

Si bien es cierto esta investigación toma la pérdida de oportunidad desde una mirada al lucro cesante pues este no es más que aquella pérdida de una ganancia legítima económica por parte de la víctima, atendiendo a esto Zannoni habla de los eventos de pérdida de oportunidad y afirma que:

No se trata, por supuesto, del tradicional lucro cesante, pues el daño que este importa es cierto en la medida que el damnificado tiene un interés legítimo a la percepción de esos lucros al momento del evento dañoso. En otras palabras: el Rubro lucro cesante, indemniza no la pérdida de una mera expectativa o Probabilidad de beneficios económicos futuros, sino el daño que supone privar al patrimonio damnificado de la obtención de lucros a los cuales su titular tenía derecho, es decir, *título*, al tiempo en que accede el *eventos damni* (citado Giraldo;2011, p. 91 y 92).

1.1 2.3 BASES CONCEPTUALES:

ACTO MÉDICO. Es un término utilizado desde la antigüedad por el ejercicio profesional de la medicina. En este sus participantes intentan modificar el destino de una persona con una existencia atada al dolor y en algunos casos con expectativas de muerte. (Aguinaga, 1998).

ARBITRIUM JUDICIS. También denominada arbitrio judicial es aquella facultad que tienen los juzgadores para decidir (Cabanellas, 2011).

CULPA VIRTUAL. También conocida como *faute virtuelle* en la doctrina francesa, en este tipo de culpa el juez presume la existencia de negligencia sobre las pruebas allegadas al proceso, es decir que esta se deduce de la existencia del daño (Mosset, 2005).

DAÑOS PATRIMONIALES. Son aquellos daños que atentan contra los intereses económicos y que se pueden medir o mesurar en una cantidad de dineraria (Henaó, 1998).

EL DAÑO. Perjuicio causado por una persona por una ejecución o mala ejecución de una obligación (Guillen y Vincent, 2015).

HECHO ILÍCITO. Es todo acto u obrar humano negativo, en sí una omisión o abstención que es contrario a lo permitido por la ley (Cabanellas, 2000).

INDEMNIZACIÓN PECUNIARIA. Es aquel resarcimiento de carácter económico del daño o perjuicio ocasionado de una persona a otra es decir de un culpable a una víctima (Cabanellas, 2001).

LA CULPA. En el derecho civil se entiende la culpa como aquella actuación de una persona que por negligencia, imprudencia o mala fe no respeta sus compromisos contractuales o su deber de no hacer daño a otro (Guillien y Vincent, 2015).

LEX ARTIS MÉDICA AD HOC. Es aquella forma de actuar de un profesional idóneo, para el caso un médico reconocido y acreditado legalmente (Rivera, 2012).

MALA PRAXIS. Cuando se ejerce la actividad médica habrá mala praxis en el momento en que se provoque daño en el cuerpo o en la salud de una persona ya sea total, parcial, limitado en el tiempo o permanente como consecuencia de un actuar imprudente o negligente así como también por la impericia en el ejercer de la profesión (Salazar, Bernan y Quintana, 1994).

NEXO CAUSAL. Elemento básico de la responsabilidad civil. Es aquel vínculo entre el hecho y el daño ocasionado (Quiñones y Mojica, 2014).

PERDIDA DE OPORTUNIDAD. Constituye una figura jurídica es estudiada por el derecho de los daños con la finalidad de establecer si el hecho de una pérdida pueda dar origen a un perjuicio que tiene que ser reparado (Giraldo, 2011).

PERJUICIO. Se entiende como aquella consecuencia de la alteración material de un patrimonio o bien jurídicamente tutelado (Henaó, 1998).

RESPONSABILIDAD CIVIL. Es la obligación que tiene una persona de reparar los daños que le ocasiona a otro sea directa o indirectamente (Guillien y Vincent, 2015).

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. La responsabilidad civil del médico es aquella mediante la cual el paciente para el derecho “la víctima” o sus causantes tienen la facultad de demandar al médico por una indemnización pecuniaria por los perjuicios causados como resultado del ejercicio de la actividad médica (Jaramillo, 1990).

RES IPSA LOQUITUR. Estrechamente ligada a la doctrina del daño desproporcionado, esta permite al demandante obtener una indemnización por perjuicios sin la necesidad de aportar la prueba de la negligencia del médico pues el hecho habla por sí solo (Rodríguez, 2013).

2.4 MARCO O BASES LEGALES

Las bases legales de esta investigación se encuentran representadas, en primer lugar en la Constitución Política de Colombia, capítulo de los principios fundamentales, los cuales establecen que los particulares deben responder ante las autoridades cuando infrinjan la Constitución y las leyes (Constitución Política, artículo 6). Este artículo es imperativo para las fuentes de las obligaciones, pues establece aquel deber de reparar.

Respecto a la responsabilidad extracontractual, el Código Civil Colombiano, establece que toda persona que actúe de forma delictual o culposa, asume la obligación de indemnizar a al tercero que se vea afectado con su actuar; de igual manera, se encuentra en la obligación de pagar la pena que la ley imponga por el agravio (ley 57 de 1887, Artículo 2341).

Siempre que se habla de responsabilidad, es inevitable definir la existencia y posición de un deudor respecto a una relación causal. Por ello, para el derecho colombiano toda persona será responsable, y por ende, responderá por todos los perjuicios directos ocasionados, que se deriven del incumplimiento de una obligación contractual. (ley 57 de 1887, artículo 1604 y 1616).

Si bien es cierto el sistema médico también se encuentra regulado legalmente en aras de lograr una protección recíproca entre el médico y el paciente, siendo esta una sociedad de diferentes tipos de personas, es muy común encontrar personas que actúan con argucia y mala fe practicando el ejercicio de la medicina. La normatividad Colombiana castiga esta actuación de manera contundente; es por esto la ley 14 de 1962 dice que:

El que ejerza ilegalmente la medicina y cirugía sin tener el correspondiente título de idoneidad conforme a lo previsto en el artículo 29 de esta Ley, incurrirá en prisión de seis (6) meses a dos (2) años y responderá civilmente de los perjuicios causados. El que teniendo título de idoneidad ejerza la medicina y cirugía sin dar cumplimiento a lo establecido en los artículos 3º, 4º, y 6º, de esta misma ley, será sancionado por el Consejo Nacional de Profesiones Médicas y Auxiliares del Ministerio de Salud Pública con multas sucesivas que oscilen entre ciento (\$100) y mil pesos (\$1000) (artículo 12).

En aras de cumplir con una labor regida por una ética profesional basada en principios de honestidad y función social, el Estado Colombiano, promulgo la ley 23 de 1981 por la cual se dictan normas de ética médica. Para esta investigación es importante destacar el capítulo segundo (II) de la ley mencionada, donde el médico presta su solemne juramento y se compromete a ejercer su profesión de una forma digna y a conciencia, así como a velar por la salud del paciente y el respeto a la vida humana.

3. METODOLOGÍA:

3.1 Paradigma de la Investigación:

En esta investigación se abordará una metodología cualitativa mediante un análisis documental hermenéutico sobre la viabilidad litigiosa que existe o pudiera llegar a existir para los profesionales del derecho, acerca de solicitar en sus petitum demandatorios, la pérdida de oportunidad como un daño autónomo indemnizable. De este modo Arias define la investigación documental como:

Un proceso basado en la búsqueda, recuperación, análisis, crítica e interpretación de datos secundarios, es decir, los obtenidos y registrados por otros investigadores en fuentes documentales, impresas, audiovisuales o electrónicas. Como en toda investigación, el propósito de este diseño es el aporte de nuevos conocimientos (p. 27).

Atendiendo lo anterior esta investigación tendrá su cauce en la recolección de datos con el fin de generar nuevos conocimientos en cuanto a la aplicabilidad del daño estudiado en esta investigación como lo es la pérdida de oportunidad.

De igual forma para esta investigación es relevante definir la Hermenéutica, Al respecto, Cárcamo la define de la siguiente manera:

La hermenéutica viene del vocablo griego *hermeneia* que significa el acto de la interpretación. Desde sus orígenes, la hermenéutica se transformó en la base de la intelectualidad cristiana; ya que a partir de ésta, se realizaron y se realizan en gran medida el análisis de textos bíblicos. Pueden distinguirse originariamente dos escuelas hermenéuticas, la primera de ellas es la Escuela de Alejandría con un fuerte carácter especulativo filosófico; y, la segunda, corresponde a la Escuela de

Antioquia caracterizada por el énfasis gramatical contextual utilizado en sus análisis. La distinción entre ambas está determinada por la mayor o menor acentuación a depositada en la literalidad de los textos bíblicos (citado Cárcamo, 2005).

Según los autores Echeverría y Coreth, coinciden en señalar que Schleiermacher (1768-1834) puede ser considerado el padre de la hermenéutica moderna. Para él, la hermenéutica debe ser entendida como el “arte del entendimiento, a partir del diálogo”. En palabras de Echeverría:

El verdadero punto de partida de la hermenéutica, según Schleiermacher, arranca de la pregunta ¿cómo una expresión, sea está escrita o hablada, es entendida? La situación propia del entendimiento es la de una relación dialogal, donde hay alguien que habla, que construye una frase para expresar un sentido, y donde hay alguien que escucha. Este último recibe un conjunto de palabras para, súbitamente, a través de un misterioso proceso, adivinar su sentido (p.219).

Así, la hermenéutica puede ser tomada para esta investigación como el entendimiento de las bases legales dentro del campo de la jurisdicción ordinaria que tiene como fin la interpretación de textos, es decir, comprender el verdadero significado y alcance, y así poder analizar el impacto de aplicación que ha tenido la pérdida de oportunidad dentro de la responsabilidad civil médica.

3.2 Enfoque de la investigación:

Según Cuervo y Bervian la investigación se define como una actividad encaminada a la solución de problemas. Su objetivo consiste en hallar respuestas a preguntas mediante el empleo de procesos científicos. (Citado, Arias, 2006).

Según los autores Blasco y Pérez señalan que la investigación cualitativa, estudia la realidad en su contexto natural y cómo sucede, sacando e interpretando fenómenos de acuerdo con las personas implicadas.

“utiliza variedad de instrumentos para recoger información como las entrevistas, imágenes, observaciones, historias de vida, en los que se describen las rutinas y las situaciones problemáticas, así como los significados en la vida de los participantes” (citado Ruiz 2011, p. 155).

La investigación cualitativa expresa un método empírico que le permite partir de pautas y datos sin medición numérica lo cual es esencial experimentar la realidad de lo que dicen y hacen las personas obtiene un conocimiento directo de la vida social, donde no se crean hipótesis (Ruiz, 2011).

3.3 Diseño de la Investigación:

Para definir los alcances de esta investigación es necesario saber primero que la categoría de desarrollo es el análisis documental explicativo, que consiste en:

Buscar el porqué de los hechos mediante el establecimiento de relaciones causa-efecto. En este sentido, los estudios explicativos pueden ocuparse tanto de la determinación de las causas (investigación post-facto), como de los efectos (investigación experimental). Mediante la prueba hipótesis. Sus resultados y conclusiones constituyen el nivel más profundo de conocimientos.(Arias,2006,p.26)

Es importante para esta investigación pues permite una buena percepción en el funcionamiento de lo investigado en cuanto a la información obtenida.

Atendiendo lo anterior es necesario comenzar a desarrollar un diseño para dar forma a la investigación:

Los autores Santa palella y feliberto Martins, define: La investigación documental se concreta exclusivamente en la recopilación de información en diversas fuentes. Indaga sobre un tema en documentos-escritos u orales- uno de, los ejemplos más típicos de esta investigación son las obras de historia (citado Arismendi, 2013. P.1).

La investigación documental es una estrategia de la que se observan realidades teóricas y empíricas utilizando varios tipos de documentos donde se interpreta sobre un tema determinado como en toda investigación, el propósito de este diseño es el aporte de

nuevos conocimientos donde se indaga, interpreta, la creación de habilidades para el acceso a investigaciones de forma organizada (Arismendi, 2013).

De igual forma es trascendental tener en cuenta que el tipo de investigación documental que se aplicará en esta investigación será monográfica es decir que se toma un tema en específico y se desarrolla de una forma amplia y profunda (Arias, 2006), para esto se tendrán en cuenta documentos escritos tales como sentencias, libros e investigaciones así como también algunas revistas científicas.

3.4 Técnicas e Instrumentos de recolección de datos:

El autor Rojas Soriano, señala al referirse a las técnicas e instrumentos para recopilar información como la de campo, lo siguiente:

Que el volumen y el tipo de información-cualitativa y cuantitativa- que se recaben en el trabajo de campo deben estar plenamente justificados por los objetivos e hipótesis de la investigación, o de lo contrario se corre el riesgo de recopilar datos de poca o ninguna utilidad para efectuar un análisis adecuado del problema (Citado Ruiz, 2011 p.155).

De igual forma el diseño documental se “dedica a reunir, seleccionar y analizar datos que están en forma de documentos producidos por la sociedad para estudiar un fenómeno determinado” (Gómez, s/f, p. 5).

Así mismo se emplearan hojas de matrices de registro, con la finalidad de dar a conocer cuál ha sido el impacto de la aplicación del daño como lo es la perdida de la oportunidad en la responsabilidad médica para el campo de la jurisdicción ordinaria en Colombia. Igualmente estudiar la teoría del daño enfatizado en la perdida de oportunidad como un daño indemnizable en el sistema normativo colombiano ya que este tema no ha sido muy abordado en la jurisdicción ordinaria.

Se busca generar nuevos conocimientos a los estudiantes y profesionales del derecho e incentivarlos a que utilicen esta figura jurídica como daño susceptible de ser indemnizada en los estrados judiciales.

NÚMERO DE SENTENCIA O PROCESO:	
TIPO DE PROVIDENCIA:	
MAGISTRADO PONENTE:	
ASUNTO:	
FECHA:	
DEMANDANTE:	
DEMANDADO:	
RESUMEN DE LA SENTENCIA:	CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

OBSERVACIONES:	

1. formato para análisis de instrumentos.

4. ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

4.1 RESULTADOS:

En aras de cumplir con el objetivo principal de la presente investigación que es Conocer el impacto de aplicación que ha tenido la pérdida de oportunidad como un daño indemnizable en el contexto de la responsabilidad médica en el campo de la jurisdicción ordinaria Colombiana, especialmente, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, se llevo a cabo el análisis jurisprudencial de 14 sentencias relevantes para el marco jurisprudencial Colombiano cuyo estudio hermenéutico reveló lo siguiente:

4.1.1 Objetivo Específico Primero: diferenciar la responsabilidad civil médica contractual y la responsabilidad civil médica extracontractual según las altas cortes de la jurisdicción en Colombia:

Se expone a continuación lo resultante sobre la ejecución del análisis hermenéutico de nueve(09) sentencias de carácter relevante de la Corte Suprema de Justicia que se refieren única y exclusivamente a la responsabilidad civil médica tanto contractual como extracontractual, desde la aplicación de instrumentos se trae lo dicho en las observaciones del mismo y se tiene que:

NÚMERO DE SENTENCIA O PROCESO: SC003-2018

En esta sentencia es posible destacar como la demandante intenta llegar a la declaración de una responsabilidad extracontractual, cosa que desestima la corte en el entendido de ser una beneficiaria del Plan Obligatorio de Salud y que siendo así, la ley 100 de 1993, califica dicha relación como contractual es decir una relación que proviene de un contrato de prestación de servicios de salud; de igual forma la sentencia enmarca la responsabilidad tanto del médico como de la entidad prestadora del servicio de salud a responder por actuaciones que no se basen en principios de profesionalidad y negligencia atendiendo a un deber de indemnizar perjuicios que se generen dentro de la esfera contractual.

NÚMERO DE SENTENCIA O PROCESO: SC16690-2016

En esta providencia es claro como la corte califica la relación con una entidad prestadora de salud como una relación de carácter contractual en razón a su caracterización de prestación de servicio, partiendo de la base de un contrato fijado entre las dos partes; es imperante tener en cuenta que en sede de responsabilidad se acreditan los presupuestos estructurales de un incumplimiento contractual en razón a la impericia, negligencia de los servidores de la clínica quienes permitieron la salida del menor; de igual forma puede denotarse la configuración del elemento estructural de la responsabilidad contractual como lo es el daño de forma directa y cierta y no meramente eventual o hipotético.

NÚMERO DE SENTENCIA O PROCESO: SC 2506-2016

es posible denotar en esta providencia la pertinencia de la norma contractual en razón a que esta nunca estuvo en cuestión, en cuanto a la ejecución de un contrato de medicina prepagada es imperativo tener en cuenta el principio de autonomía de la voluntad privada, así como el principio de la buena fe en la ejecución de los contratos.

NÚMERO DE SENTENCIA O PROCESO: SC 10261-2014

En cuanto a esta providencia es posible observar como la corte en ocasiones anteriores le ha atribuido la responsabilidad civil medica a una esfera de extracontractualidad pero esta providencia en especial la enmarca en un entorno contractual, así mismo establece el daño como uno de los presupuestos estructurales y que sin su existencia se desvanecería el objeto de la responsabilidad civil contractual.

NÚMERO DE SENTENCIA O PROCESO: 76001-3103-002-1999-01502-01

Si bien es cierto esta sentencia en cuanto a la parte contractual muestra como para que se pueda configurar la misma es necesaria la concurrencia de todo los elementos deduciendo de la misma que el principal elemento sería el daño causado en la ejecución del contrato, en sede de responsabilidad se tiene en cuenta que la mala ejecución del contrato se encuentra ligada a los profesionales prestadores del servicio en razón a que estos son los que representan dicho contrato; de igual forma saca a colación principios como la *res ipsa loquatur* y la culpa virtual denotando los posibles infortunios de la actividad médica.

NÚMERO DE SENTENCIA O PROCESO: SC 15996-2016

Respecto de terceros perjudicados por los daños al usuario con ocasión de la prestación de los servicios médicos del plan obligatorio de salud, es extracontractual pueden exigir la indemnización del lucro cesante, daño moral y patrimonial que hubiera sufrido por el fallecimiento de la víctima, ya que actuaron con negligencia y omisión de cuidado por parte de la entidad promotora de salud.

NÚMERO DE SENTENCIA O PROCESO: SC 13925-2016

El hecho por el cual una persona, sin malignidad, sino por imprudencia que no es excusable, causa algún daño a otro, da lugar a una indemnización. En la responsabilidad extracontractual las entidades promotoras son civilmente responsables de los daños patrimoniales y morales a terceros ajenos por lo que están legalmente llamadas a repararlos.

NÚMERO DE SENTENCIA O PROCESO: SC 8219-2016

Lo relacionado con la responsabilidad civil extracontractual, los titulares de la obligación indemnizatoria y la solidaridad legal por pasiva, son los accionantes que carecían un nexo causal en este caso los centros hospitalarios están obligados directamente a indemnizar por las faltas culposas de un hecho dañino a cargo de la entidad promotora, toda vez que es a través de ellos que se materializan los comportamientos punibles de ese tipo aduciendo daños por perjuicios morales y familiares.

NÚMERO DE SENTENCIA O PROCESO: 11001-3103-018-1999-00533-01

Tratándose de la responsabilidad civil extracontractual médica, indispensable demostrar sus elementos, en particular el acto o hecho dañoso, imputable a título de dolo o culpa, el daño y la relación de causalidad , “el acto médico puede generar para el profesional que lo ejerce obligaciones de carácter indemnizatorio por perjuicios causados al paciente, como resultado de incurrir en fallas de diagnóstico y de tratamiento, ya porque actúe con negligencia o impericia en el establecimiento de las causas de la enfermedad o en la naturaleza misma de ésta, al exponer al paciente a un riesgo injustificado o que no corresponda a sus condiciones clínico – patológicas.” Por ende se demostró el acto dañoso médico –paciente lo cual nace una reparación por daño moral y patrimonial lo cual es extracontractual por tratarse de terceros ajenos.

4.1.2 Objetivo Específico Segundo: Estudiar la teoría del daño enfatizado en la pérdida de oportunidad como un daño autónomo e indemnizable en la responsabilidad médica dentro del sistema jurisprudencial Colombiano:

Como se ha dicho a lo largo de esta investigación el estudio del daño por pérdida de oportunidad en cuanto a la responsabilidad médica es aún escaso por ende para poder estudiarlo se analizó desde la perspectiva de la jurisdicción administrativa mediante cinco(05) sentencias que arrojaron lo siguiente:

NÚMERO DE SENTENCIA O PROCESO: 63-001-3331-002-2001-00570-01

Se consideró la pérdida de oportunidad como un daño autónomo; precisando que la aplicación de esta figura debe ser cautelosa, pues debe estar plenamente acreditado el porcentaje de probabilidad y el grado de pérdida de posibilidad para el paciente de recuperar su salud o preservar su vida, es decir que no se trate de una situación hipotética, pues dicha figura no puede utilizarse como subsidiaria a aquellas circunstancias en las que no se logra establecer el nexo de causalidad entre el daño y la falla en la prestación del servicio médico. Donde se deduce que el daño “pérdida de una oportunidad” es imputable a una conducta atribuible a la entidad accionada y por ende, surge el deber jurídico de reparación e indemnización.

NÚMERO DE SENTENCIA O PROCESO: 17001 23 31 000 2000 00645 01
(25706)

La pérdida de la oportunidad es un concepto jurídico que permite definir problemas de imputación, en aquellos eventos en que no existe prueba suficiente del nexo causal que define una determinada relación causa - efecto. En consecuencia, el análisis de esta figura debe realizarse en sede de la imputación fáctica. La figura sólo tiene aplicación en aquellas situaciones en que existe duda o incertidumbre en el **nexo causal**, de tal forma que el grado de probabilidad oscile en un margen entre el 1% y el 99% de que un daño sea el producto de una causa específica y por ende, surge el deber jurídico de reparación e indemnización de perjuicios.

NÚMERO DE SENTENCIA O PROCESO: 73001-23-31-000-2001-00814-01

(33.607) ACUMULADO

Si bien la pérdida de oportunidad es un daño reparable, en sentido 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 el monto de la indemnización por la pérdida de la oportunidad habrá de establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente anhelaba el afectado, en función de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino.

NÚMERO DE SENTENCIA O PROCESO: 2350573

En este caso la pérdida de oportunidad se generaría en sentido de que se acredita ante un daño cierto y actual que no es solo la muerte, si no la disminución de la probabilidad de sanar es decir que la pérdida de oportunidad de curación y de sobrevivir es un daño indemnizable de perjuicio entre la actitud omisiva de un galeno en materia de responsabilidad médica.

NÚMERO DE SENTENCIA O PROCESO: 05001-23-26-000-1995-00082-01(18593)

De lo observado en la sentencia se puede deducir que la pérdida de la oportunidad de curarse o de sobrevivir se toma en consideración cuando es virtual y atribuible al accidente, en tanto que si ella es apenas eventual no será tenida como reparable: “Si la víctima o sus causahabientes pueden establecer que sus oportunidades de curación hubiesen sido más grandes si el médico le hubiera dispensado cuidados más atentos, ella podría obtener por ese concepto indemnización de daños y perjuicios. Es decir que la pérdida de oportunidad o chace frente a la materia de responsabilidad civil es resarcible.

Del mismo modo se hizo la búsqueda en el sistema jurisprudencial de Corte Suprema de Justicia donde fue posible encontrar 2 sentencias que estudian el daño por pérdida de oportunidad y que arrojaron lo siguiente:

NÚMERO DE SENTENCIA O PROCESO: SC 10261-2014

Esta providencia hace su pronunciamiento en cuanto al tema de pérdida de oportunidad y le atribuye un carácter de daño autónomo e indemnizable, también se le atribuye una característica de facilidad probatoria en cuanto a la causalidad así como también se le reconoce como una técnica a utilizar cuando hay casos de incertidumbre causal.

NÚMERO DE SENTENCIA O PROCESO: 14415 DE 18 DE MAYO DE 2005

Se puede observar que se realizó directa y personalmente el hecho culposos acusado, que cabe dentro de la responsabilidad civil médica por el hecho de un tercero llamado galeno, es decir que la pérdida de oportunidad que se le generó al paciente ante un daño cierto y actual que no fue solo la muerte, si no la probabilidad de curación y de sobrevivir lo cual se acredita un daño indemnizable por un error de hecho en materia de responsabilidad médica y por ende es reparable extracontractualmente ya que el daño causado fue debido a una acción tipificada como delito cuasi delictual de un hecho propio.

4.1.3 Tercer Objetivo Específico: Develar la importancia que la Corte Suprema de Justicia le ha otorgado al estudio del daño por pérdida de oportunidad en la responsabilidad médica al interior de la jurisdicción ordinaria en Colombia.

Si bien es cierto este objetivo de investigación es una somera evaluación analítica del investigador de las sentencias estudiadas en los objetivos anteriores, de la cual se pudo observar que para la jurisdicción ordinaria en Colombia el tema sobre la pérdida de oportunidad aun sigue siendo de escasa evaluación, podría decirse así que para la Corte Suprema de Justicia este tipo de daño, como su tesis, no ha sido totalmente aceptada y consagrada al interior de la jurisdicción ordinaria, verificable esto al momento de ingresar en el sistema de consulta de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Ahora bien pese a que la sentencia 10261 de 2014 le atribuye un carácter de perjuicio autónomo e indemnizable a la pérdida de oportunidad, de esto entra en consideración la sentencia SC16690-2016 donde una galena que pese a las advertencias de la madre de no ver en su hijo recién nacido una tez normal los da de alta y no se constata de realizar la internación pertinente para proteger la salud del menor incurriendo en el incumplimiento de su deber de diligencia y cuidado, deviniendo de esto, el menor sufre perjuicio en su desarrollo motriz generándole graves daños físicos y cuya corrección solo podía ser mediante cirugías que tuvieron que ser pagadas por los mismos padres , esta providencia muestra a lo que para el concepto del investigador es un claro ejemplo de pérdida de chance en razón a que si el personal médico hubiera actuado de forma pertinente se habría podido evitar el perjuicio en la salud del menor y este habría podido tener una calidad de vida con todas las condiciones físicas que necesita un niño para su desarrollo normal e integral, así como también se evidencia el daño emergente percibido por los padres pues estos fueron los que tuvieron que asumir los gastos ocasionados por el perjuicio acuñado por la actividad medica realizada al menor.

De igual forma se tiene como precedente la sentencia del 18 de mayo de 2005 donde a una paciente que le fue realizada una intervención quirúrgica como lo fue una colecistectomía una vez dada de alta sufre de terribles dolores en el vientre en razón a material quirúrgico dejado en su interior le devino una peritonitis aguda crónica, lo que conlleva a su muerte a la edad de 40 años; como fundamento para esta investigación se tiene en el sentido de una oportunidad de completar el ciclo de vida pues la misma aun con una alta probabilidad de esperanza de vida y que de no ser por las actuaciones negligentes

del personal médico la paciente hubiera podido gozar de la oportunidad cierta de tener una vida digna, un trabajo, etc. en compañía de su núcleo familiar, siendo la probabilidad de sanación y sobrevivencia lo que acredita la pérdida e oportunidad como un daño indemnizable.

En razón al escaso tratamiento del daño por pérdida de oportunidad en las altas cortes de la jurisdicción Colombiana se puede enfatizar que la misma no ha sido estudiada, ni tratada con el interés que le merece en razón a que pese a que ha sido mencionada en sentencias como la 10261 de 2014 la misma ha decidido no aplicarlo, pareciera entonces que la Corte Suprema de Justicia se limita a hacer un acercamiento a la teoría del daño pero no a su estudio en profundidad, como tampoco a la consagración y aceptación de esta, como título de responsabilidad.

4.2 DISCUSIÓN:

Como objetivo general de esta investigación se planteo Conocer el impacto de aplicación que ha tenido el daño por perdida de oportunidad en el contexto de la responsabilidad civil médica, especialmente, Sala de Casación Civil.

De acuerdo al análisis hecho en esta investigación, se pudo determinar que el impacto de aplicación de la tesis de pérdida de la oportunidad al interior de la Corte Suprema de Justicia de Colombia no ha sido el esperado teniendo en cuenta la facilidad litigiosa que se le da en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se puede evidenciar que este tipo de daño dentro de la normatividad Colombiana se presenta como un daño Autónomo, es decir que su resarcimiento deviene de una independencia probatoria.

Si bien es cierto al interior de la Corte su desarrollo no ha sido claro y evidente toda vez que cada caso debe ser examinado de manera precisa, aunque a opinión de este trabajo investigativo es evidente el potencial del daño para solicitar indemnizaciones en su nombre, para la corte el dilema está en la interpretación e importancia que el litigante le ha dejado de dar a esta teoría en razón a que el mismo no la solicita en razón a la dificultad probatoria y causal que tiene la misma.

5. CONCLUSIONES:

Después de analizar el presente trabajo investigativo es posible deducir que en Colombia el daño mirado desde la perspectiva de la pérdida de oportunidad para la jurisdicción ordinaria dentro de la responsabilidad médica es una mirada a los títulos nuevos de imputación de responsabilidad civil en que puede incurrir un profesional o el ámbito en general de la medicina.

Si bien es cierto en reiteradas ocasiones durante el proceso de análisis jurisprudencial y doctrinal de la presente investigación se pudo observar que en sede de responsabilidad médica prima el carácter de contrato en razón a que en gran mayoría los galenos se encuentran en plena representación de una entidad prestadora de salud , siendo esta la principal causa a dejar de lado el abordaje de la tesis de pérdida de oportunidad como daño indemnizable toda vez que el litigante encuentra más seguridad procesal en cuanto a la solicitudes de declaración de responsabilidad civil contractual preponderando esta en igual sentido sobre la responsabilidad médica extracontractual.

Es importante tener en cuenta la capacidad que tiene la Corte Suprema de Justicia para esgrimir asuntos que tengan como tema principal la pérdida de oportunidad, esta teoría como una nueva adecuación del daño permite que mediante el *Arbitrio Iudice* se puedan establecer nuevos precedentes jurisprudenciales que tengan como pilar ejemplar las teorías ampliamente descritas por la doctrina y la jurisprudencia de otros países que si le han dado

extenso uso a esta teoría en a razón a que el ordenamiento Colombiano siempre se halla abierto a globalizar el derecho y a traer a colación nuevas vertientes teóricas que reconozcan el deber de reparar los daños causados mediante teorías plausibles y debidamente razonadas.

6. RECOMENDACIONES:

Aunque se sabe que el nivel de capacitación de la Corte Suprema de Justicia es realmente profundo de igual manera es importante analizar la necesidad de profundizar, actualizar y garantizar la aplicación cierta de los nuevos tipos de daños que surgen a la luz de la jurisprudencia y la doctrina Colombiana.

A los litigantes en el campo de la investigación se recomienda que amplíen su experiencia litigiosa marcando hitos o precedentes jurisprudenciales que puedan corroborar al desarrollo de la tesis del daño por pérdida de oportunidad dentro del campo de la responsabilidad civil médica.

Se le recomienda a las instituciones competentes y universidades que se encarguen de difundir un mayor conocimiento respecto a las diversas teorías de daños dentro de la responsabilidad civil medica incluyendo el estudio de la pérdida de oportunidad como un perjuicio de carácter autónomo y no subsidiario.

7. ASPECTOS ADMINISTRATIVOS:

7.1. Recursos Necesarios:

Recursos humanos: este proyecto de investigación fue asistido por la abogada litigante Iris Yaneth Castro Rodríguez y el consultor, asesor, representante y docente jurídico Edward Latorre Osorio en la parte disciplinaria así como en la parte metodológica por los docentes en el área investigativa Rina Mazuera Arias y Nahim Numa San Juan.

Recursos Materiales: para esta investigación fueron utilizados equipos electrónicos (computadores), material bibliográfico (libros).

Recursos Financieros: libros: \$400.000, **material papelería:** \$30.000 **formato digital:** \$10.000

7.2 Cronograma de actividades:

ACTIVIDADES	FE	MAR	ABR	MAY	JUN
Arqueo bibliográfico	■	■	■	■	
Elaboración del marco teórico	■	■			
Diseños de los instrumentos		■	■		
Prueba de los instrumentos		■	■		
Recolección de los datos		■	■	■	
procesamientos de los datos			■	■	■
Análisis de los datos			■	■	■
Redacción del borrador				■	■
Revisión y corrección del borrador				■	■
Presentación del informe					■

2 . REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Acosta, C. (2010). Responsabilidad médica: elementos, naturaleza y carga de la prueba. *Revista de Derecho Privado [en línea]*, Vol. 43,p. 3-26. [Fecha de consulta: 13septiembre de 2017]. <http://www.redalyc.org/pdf/3600/360033192001.pdf>

Aguinaga, A. (1998). *Acto médico, aspectos conceptuales y alternativas para su desarrollo*. Seminario nacional Ministerio de Salud de Perú. [Fecha de consulta: 14 septiembre de 2017].<http://www.minsa.gob.pe/publicaciones/pdf/actomedico.pdf>

Alfaro, L. (s/f) .Teoria de la responsabilidad civil. [Fecha de consulta: 19septiembre de2017].https://www.academia.edu/24543093/TEORIA_DE_LA_RESPONSABILIDAD_CIVIL

Arrieta, L. (1999). Mala Praxis Médica.*Revista medico legal. Costa rica*Vol. 16(27-30).[consultado: 15 agosto de 2017].http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00151999000200007

Arias, F. (2006). El proyecto de investigación. Editorial: Espíteme. 6ta edición. [consultado: 16 Febrero 2018] <http://evidencia.com/wp-content/uploads/2014/12/EL-PROYECTO-DE-INVESTIGACION-6ta-Ed.-FIDIAS-G.-ARIAS.pdf>

Arismendi, E. (2013). Tipo y diseño de Investigación. [Fecha de consulta: Octubre de 2017]. http://planificaciondeproyectosemirarismendi.blogspot.com.co/2013/04/tipos-y-diseño-de-la-investigación_21.html

Asensi, E. (2013). La evolución de la doctrina de pérdida de oportunidad en la responsabilidad médica. *Revista CESCO de derecho de consumo*, N° 8. [consultado: 11 agosto 2017]. <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>

Bello, D. (2011). *La Responsabilidad médica*. (2da edición). Colombia: editorial Temis.

Cabanellas G. (2000). *Diccionario jurídico elemental*. Argentina: Editorial Heliasta.

Cabanellas G. (2001). *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. (Argentina: Editorial Heliasta.

Cárcamo, H. (2005). *Hermenéutica y análisis cualitativo*. Facultad de ciencias sociales de la Universidad de Chile. [consultado: 25 octubre 2017].<http://www.facso.uchile.cl/publicaciones/moebio/23/carcamo.htm>

Constitución Política de Colombia, (6 de julio de 1991), Normatividad, [consultado 20 de octubre de 2017].
<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>

García, J. (2010). *Responsabilidad Civil de los Médicos*. Revista derecho y cambio social, N° 21.[consultado:14 septiembre 2017].
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5501003>

Diccionario de la Real Academia Española DLA, [Fecha de consulta: Octubre de 2017] <http://dle.rae.es/>

Gaudemet, E. (2006). *Los efectos de las obligaciones*. Colombia, editorial Leyer.

Giraldo, L. (2011). *La Perdida de la Oportunidad en la Responsabilidad Civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*. (1ª edición) Colombia: editorial externado.

Gómez, J. (s/f.). Técnicas cualitativas de investigación social. Universidad de Valencia. Fecha de consulta: Octubre de 2017]http://ocw.uv.es/ciencias-sociales-y-juridicas/tecnicas-cualitativas-deinvestigacionsocial/tema_6_investigacion_documental.pdf

González, R. (2013). Responsabilidad extracontractual y contractual. Anuario Jurídico y económico escurialense. N° 46. [consultado: 03 septiembre de 2017].
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4182108>

Guzmán, F. y cols. (1994). *El acto médico implicaciones éticas y legales*. Acta médica Colombiana, Vol. 9 N° 3. [consultado: 22 septiembre de 2017].
http://www.actamedicacolombiana.com/anexo/articulos/03-1994-05-El_acto_medico.pdf

Guillien, R. y Vincent, J. (2015). *Diccionario Jurídico*. Colombia: Editorial Temis.

Henao, J. (1998). *El Daño análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado en derecho Colombiano y Francés*. Colombia: Editorial Externado.

Herrera, D. (2016). *El daño y en el nexa causal en la perdida de la oportunidad*. Universidad Colegio mayor de nuestra señora del rosario de Bogotá. [Consultado: 25 octubre de 2017].

<http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/12539/EL%20DAN%CC%83O%20y%20EI%20NEXO%20CAUSAL%20EN%20LA%20PE%CC%81RDIA%20DE%20OPORTUNIDA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Hinestrosa, F., Schipani, S., Navia, F., Siebeneichler, F., Nicolau, N., Amaral, F., Cortés, E., Franco, D., Gonzáles, J., Cardilli, R., Esborraz, D., Neme, M., De Souza, C., Corral, H., Koteich, M., Guayacán, J. (2011). *Memoria, Obligaciones Contratos Responsabilidad*. Colombia: editorial externado.

Isaza, M. (2013). *De la cuantificación del daño*. Colombia: editorial Temis.

Jaramillo, L. (1990). *Responsabilidad civil de médico en la legislación colombiana y comparada. Aspectos de ética médica*. Revista 8 UNIANDES. [consultado 19 de septiembre de

2017].https://derechoprivado.uniandes.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=382%3Aresponsabilidad-civil-de-medico-en-la-legislacion-colombiana-y-comparada-aspectos-de-etica-medica&catid=41%3A8&Itemid=105&lang=en

Klinkert, L. (2016). *La perdida de la oportunidad en la responsabilidad civil médica, ¿un daño indemnizable en Colombia?*. Universidad Eafit facultad de derecho. [consultado: 19 de octubre de 2017].

https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/9758/Laura_CeballosKlinkert_2016.pdf?sequence=2

Código Civil, sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional, (ley 57 de 1887). [consultado 20 de octubre de 2017].<http://www.javeriana.edu.co/personales/hbermude/leycontable/contadores/1887-ley-57.pdf>

Ley del ejercicio médico. Por la cual se dictan normas relativas al ejercicio de la medicina y cirugía. (ley 14 de 1962).[consultado 20 de octubre de 2017].https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-103807_archivo_pdf.pdf

Ley ética médica. Por la cuál se dictan normas en materia de ética medica. (ley 23 de 1981).[consultado 20 de octubre de 2017].

https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/Leyes/L0023_81.pdf

López, E. (2004). *Introducción a la Responsabilidad Civil. Instituto de derecho civil y comparado*. Facultad de derecho y ciencias sociales Universidad Nacional de Tucumán.[consultado:19 agosto 2017].<http://www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/Introdresponsabilidadcivil.pdf>

Luna, A. (2005). *Oportunidades perdidas*. Revista para el análisis del derecho, N° 288. [Consultado: 17 de Septiembre].

<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/79578/103786>

Medina, A. (2011). *La teoría de la perdida de Oportunidad*. Revista española de la función consultiva, N° 16, p. 97-112, [consultada 28 septiembre 2017].

<http://portales.gva.es/cjccv/pdfs/pub/refc-n16.pdf>

Medina, G., Miranda, I. (2013). *Responsabilidad contractual médica. Análisis jurisprudencial de las obligaciones de resultado*. Universidad de Chile. [Cosultado: 27 octubre 2017].

http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/114742/de-medina_g.pdf?sequence=1

Mosset, J. (2005). *Derecho de las obligaciones derecho de los contratos*. Edición homenaje. Universidad Nacional del litoral.

Mosquera, M. (2009). *la teoría de la perdida de oportunidad en Colombia un tema de incertidumbre en la causa o en el daño*. Universidad Javeriana ciencia jurídica, Bogotá.[Consultado: 28 octubre de 2017].

<https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/16878>

Morales, A., Pita, D., Leal L. (2014). *pertinencia jurídica del consentimiento en procedimientos médicos estéticos frente a posteriores reclamaciones de responsabilidad médica en Cúcuta*. Universidad Simón Bolívar san José de Cúcuta.

Moròn, M., Ramírez, M.,(2002). *contrato de seguro de responsabilidad civil medica*. Universidad javeriana facultad de ciencias jurídicas.[Consultado: 03 de octubre de 2017]. <http://javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-42.pdf>

Muñoz, F. (2006). *La perdida de oportunidad en el sistema nacional de salud*. N° 1851, p.17-

21.[<http://www.ingesa.msssi.gob.es/estadEstudios/documPublica/pdf/LaPerdidaBaja.pdf>

Peñuela, D. (2013. 20 de enero). *Una definición mas omnicomprendiva del elemento daño (I)*. La República (en línea):[consultado: 19 agosto

2017].<https://www.larepublica.co/asuntos-legales/actualidad/una-definicion-mas-omnicomprensiva-del-elemento-dano-i-2029671>

Pizarro, C. (2012). *Obligaciones y Responsabilidad Civil*. Revista Chilena de Derecho Privado (en Línea), N° 19, p. 205-208. [Consultado: 03 septiembre 2017].

<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370838942007>

Riquelme, M., Godoy C.(2015). *Negligencia médica un tema complejo*. Universidad de Chile. [consultado 06 septiembre de

2017].<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/134720/Negligencia-m%C3%A9dica-un-tema-complejo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Rivera, A., (2012). *Como evitar una demanda por Mala Praxis Médica*. Colombia: Editorial: Universidad Libre Seccional Cúcuta.

Rodriguez, M. (2013). *Aspectos básicos de la doctrina del daño desproporcionado en la responsabilidad civil sanitaria*. Universidad de Alcalá VI. [consultado: 30 octubre de 2017]. https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/20095/aspectos_rodriguez_AFD_UA_2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Ruiz, M. (2011). *Políticas públicas en salud y su impacto en el seguro popular en Culiacán, Sinaloa; México*. Universidad Autónoma de Sinaloa. [Consultado: 17 septiembre de 2017]. http://www.eumed.net/tesis-doctorales/2012/mirm/enfoque_cualitativo.html

Salazar, B. y Quintana, R. (1994). *La mala praxis: responsabilidad penal del profesional en medicina*. Medicina legal Costa Rica Vol. 10 N° 2 p. 30-33. [Consultado 25 Agosto de 2017]. <http://www.binasss.sa.cr/revistas/mlcr/v10n2v11n1/art7.pdf>

Tamayo, J. (2007). *Tratado de la Responsabilidad Civil, Tomo I*. Colombia: editorial Legis.

Trigo, F. (1995). *Reparación de daños por mala praxis médica*. Buenos aires: editorial Hammurabi.

Vidal, F. (2001). *Derecho PUC, La Responsabilidad* . Revista de la facultad de derecho de la universidad Católica del Perú, N° 54, p. 389-399.[consultado 19 de agosto de 2017]. http://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/derechopucp/derechopucp_054.html

Urquijo, C., Duarte, J. (2011). *competencia para el conocimiento de los procesos derivados de la responsabilidad médica y su campo de aplicación*. Universidad Simón Bolívar san José de Cúcuta.

Usuga, L. (2012). *Responsabilidad Médica en cirugía plástica estética*. Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá.[consultado 26 de septiembre de 2017].
<http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/9127/2/UsugaHiguitalorenaIsabel2012.pdf>

9. Anexos:

Anexo 1. Formato de Instrumentos Aplicados:

NÚMERO DE SENTENCIA O PROCESO: SC003-2018	
TIPO DE PROVIDENCIA: SENTENCIA DE CASACIÓN	
MAGISTRADO PONENTE: LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA	
ASUNTO: RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA CONTRACTUAL	
FECHA: 12 DE ENERO DE 2018	
DEMANDANTE: BLANCA MARGARITA ROJAS CARREÑO	
DEMANDADO: HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICA SAN RAFAEL Y LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR E.P.S., CON LLAMAMIENTO EN GARANTÍA DE LIBERTY SEGUROS S.A., MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., SEGUROS DEL ESTADO S.A. Y CARLOS VILLEGAS DUQUE.	
<p>RESUMEN DE LA SENTENCIA: la demandante en calidad de beneficiaria del P.O.S acude a la sala de urgencias de las entidades demandadas con dolencias físicas y pérdida del conocimiento; el 21 de mayo de 2003 en el Hospital San Rafael se le registró un cuadro clínico con cefalea dolor emicraneo derecho con disestesias en miembro superior derecho evento súbito, asociado a sensación vertiginosa, con un diagnóstico de crisis de ansiedad y migraña clásica”, y que le fue tratado con medicamentos; como persistía el dolor la demandante se acercó a Compensar E.P.S donde le diagnosticaron una migraña clásica donde nuevamente le dieron medicamentos; la evaluación que se realizó fue incompleta incorrecta e incongruente con la consulta pues no se hicieron los exámenes necesarios ni se dio una valoración especializada; El 26 de mayo de 2003, ingresó al Hospital San José, “<i>por cuadro de 8 días de evolución</i>”, dado por estado de inconsciencia, precedido de “<i>tinnitus</i>” y acompañado de disminución de la “<i>fuerza y sensibilidad del hemicuerpo derecho, alteración</i>”</p>	<p>CONSIDERACIONES DE LA CORTE: la demandante denuncia como violadas, entre otras, unas disposiciones del Código Civil, atinentes a la responsabilidad extracontractual.</p> <p>No obstante, en el caso, resulta pacífico que la atención a la salud de Blanca Margarita Rojas Carreño, fue brindada por ser usuaria del Plan Obligatorio de Salud, en calidad de beneficiaria de su compañero permanente. Así las cosas, las normas de la mentada codificación serían impertinentes, toda vez que la cuestión planteada, al ser de naturaleza legal y convencional, estaría gobernada, en línea de principio, por otras disposiciones, considerando que el derecho a la seguridad social y a la salud es asunto reglado, en tanto, la relación con los afiliados se califica como “<i>contractual</i>” (artículo 183 de la Ley 100 de 1993).</p> <p>La prestación del servicio de salud se halla atada al principio de benevolencia o no maledicencia, según el cual, en general, los</p>

del campo visual". En el diagnóstico, padecía de síndrome motor sensitivo, esclerosis múltiple y accidente cerebrovascular; y en los exámenes, hallazgos de infarto sub-agudo de la porción interior de la arteria cerebral posterior izquierda; La valoración equivocada desde el comienzo y la omisión de ordenar pruebas complementarias, dejó como secuela trombosis con déficit para la movilidad del miembro superior derecho, persistencia del defecto del campo visual izquierdo y discapacidad de tipo neurológico.

La demandante solicitó se declarara civilmente responsable a las demandadas y que las mismas fueran condenadas a pagar los perjuicios materiales fisiológicos y morales que se le causaron.

El a-quo desestima las súplicas de la demandante por cuanto la tarea probatoria de la misma no demuestra la culpa médica sino que al contrario la actuación de las demandadas fue oportuna y eficiente por lo tanto fue idónea a la prestación del servicio de salud.

El a-quem confirma la providencia del a-quo en razón a que en el proceso se denotaba la ausencia de material probatorio que le permitiera al juez determinar la causa adecuada del daño sufrido por la demandante.

Denuncia la demandante la violación de los artículos 11, 13, 29, 48, 49 y 78 de la Constitución Política; 2341, 2344, 2347 y 2356 del Código Civil; 178, 180-4, 184 y 185 de la Ley 100 de 1993; y 2° del Decreto 1485 de 1994, como consecuencia de haber incurrido el Tribunal en errores de hecho al apreciar el material probatorio.

distintos agentes involucrados deben contribuir al bienestar y mejoría de los pacientes o de los usuarios del sistema. Por lo mismo, los profesionales del ramo, se encuentran ligados a una obligación ética y jurídica de abstenerse de causar daño, como desarrollo del juramento hipocrático, el cual impone actuar con la diligencia debida y luchar por la mejoría y el bienestar de los pacientes y de la humanidad entera, para evitar así el dolor y el sufrimiento; No obstante, estos fontanares de la actividad médico-hospitalaria no son absolutos, pues a menudo, exigen del intérprete un trabajo de ponderación frente a posibles casos de colisión.

OBSERVACIONES: en esta sentencia es posible destacar como la demandante intenta llegar a la declaración de una responsabilidad extracontractual, cosa que desestima la corte en el entendido de ser una beneficiaria del Plan Obligatorio de Salud y que siendo así, la ley 100 de 1993 califica dicha relación como contractual es decir una relación que proviene de un contrato de prestación de servicios de salud; de igual forma la sentencia enmarca la responsabilidad tanto del médico como de la entidad prestadora del servicio de salud a responder por actuaciones que no se basen en principios de profesionalidad y negligencia atendiendo a un deber de indemnizar perjuicios que se generen dentro de la esfera contractual.

NÚMERO DE SENTENCIA O PROCESO: SC16690-2016	
TIPO DE PROVIDENCIA: SENTENCIA SUSTITUTIVA DE CASACIÓN	
MAGISTRADO PONENTE: ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO	
ASUNTO: RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA CONTRACTUAL	
FECHA: 17 DE NOVIEMBRE DE 2016	
DEMANDANTE: ROCÍO GABY ROSERO ACHINTE y GUILLERMO CAMPO DORADO, actuando en nombre propio y en representación de su menor hijo GUILLERMO ALEJANDRO CAMPO ROSERO	
DEMANDADO: ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR LIMITADA CAFAM COLSUBSIDIO E.P.S. -FAMISANAR LIMITADA- y de la CLÍNICA EL BOSQUE S.A., al cual fue llamada en garantía LIBERTY SEGUROS S.A., antes Seguros Colmena S.A	
RESUMEN DE LA SENTENCIA: la señora ROCÍO GABY ROSERO ACHINTE siendo trabajadora se afilió a la E.P.S. Famisanar Limitada, mediante la celebración de un contrato de prestación de servicios de salud, desde comienzos de 1997, en razón a un embarazo inició controles médicos donde no hubo ninguna anomalía hasta el 6 mes de embarazo donde presentó un fuerte dolor en el vientre, cuando esta se dirigió a control el médico le recomendó la clínica EL BOSQUE S.A. en razón a que ante cualquier eventualidad necesitaría de suficiente capacidad profesional y científica, el 22 de agosto de 1997 el menor GUILLERMO ALEJANDRO CAMPO ROSERO nació sin ninguna	CONSIDERACIONES DE LA CORTE: la corte reitera en cuanto a este proceso que por un lado se demostró la celebración del contrato base de la acción, esto es, el de prestación de servicios médicos que convinieron la señora Rocío Gaby Rosero Achinte y E.P.S. Famisanar Limitada; y, de otro, se acreditaron satisfactoriamente los restantes elementos estructurales de la responsabilidad reclamada, puesto que de los dictámenes periciales rendidos en el curso de lo actuado, tanto por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Seccional Bogotá, como por el “ <i>Roosevelt Instituto de Ortopedia Infantil</i> ”, se desprende que la “ <i>enfermedad padecida por el menor</i>

complicación, el día 24 una médica ingreso a la habitación donde se encontraban la señora Rocío y su hijo para darles de alta, a lo que la señora Rocío le hizo saber a la médica que el menor tenía un tez muy amarilla a lo que la pediatra le mandó a hacer un examen de bilirrubina donde se pudo constatar que tenían que hacerle un tratamiento de fototerapia al menor y que debía permanecer hospitalizado, a esto la médica hizo caso omiso y ordenó la salida, La clínica El Bosque y su pediatra de turno la Doctora Archila, faltaron a su obligación de prudencia y cuidado, bien porque no practicaron un segundo examen médico o porque no realizaron los tratamientos médicos inmediatos que la condición del bebé requería. Se procedió con negligencia e imprudencia, pues no obstante los signos de alarma que constituían el ser prematuro el nacimiento, a los 8 días de salido de la clínica el menor fue llevado de urgencia a la vlinica el Bosque S.A donde no quisieron atenderlo y fue remitido a la clínica de Cafam centro en el que le diagnosticaron el padecimiento de *“Ictericia patológica del subgrupo E. Encefalopatía bilirrubínica”*, pese a lo cual dicha institución no le brindó *“LA ASISTENCIA DE TERAPIAS Y TRATAMIENTO DE MOTIVACIÓN ESPECIAL”* que necesitaba para lograr *“un mejor desarrollo motriz”*, lo que le provocó *“GRAVES DAÑOS FÍSICOS, cuya corrección solo puede lograr con cirugías a la columna y la cadera supremamente difíciles y costosas;* conforme a las valoraciones médicas que se la han hecho al menor el evidente el daño cerebral causado al mismo y por el cual tuvieron que inscribirlo en un centro de educación especial costos que han tenido que ser asumidos por los padres y que por su condición económica se vieron gravemente afectados.

Los demandantes solicitan se declare la existencia de los contratos de prestación de servicios médicos y hospitalarios celebrados, de un lado, por ROCÍO GABY ROSERO ACHINTE y E.P.S. FAMISANAR LIMITADA y, de otro, por esta última con la CLÍNICA EL BOSQUE S.A., así como declarar que los

GUILLERMO ALEJANDRO CAMPO ROSERO se debió a la no adecuada atención del mismo, por parte de los facultativos de la clínica El Bosque, que permitieron [su] salida (...), sin diagnóstico, no se le revaloró después de obtener los resultados de las bilirrubinas e igualmente por la tardanza en la consulta del servicio de urgencias de la clínica,”.

Como elemento estructural de la responsabilidad civil, contractual y extracontractual, el daño es *“todo detrimento, menoscabo o deterioro, que afecta bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con su esfera espiritual o afectiva, o con los bienes de su personalidad”*. Además, es el requisito *“más importante (...), al punto que sin su ocurrencia y demostración, no hay lugar a reparación alguna”*.

La condición de ser directo exige, en el caso de la primera de las dos clases de responsabilidad atrás mencionada -contractual-, que él sea resultado de la falta de cumplimiento del respectivo acuerdo de voluntades, o de su cumplimiento imperfecto o inoportuno.

médicos a su servicio que atendieron a **ROCÍO GABY ROSERO ACHINTE**, así como al neonato **GUILLERMO ALEJANDRO CAMPO ROSERO**, *“incurrieron en error en el acto médico y por consiguiente en incumplimiento de sus obligaciones de prudencia y cuidado, al no prestar la adecuada y oportuna atención”*, de igual forma que se declare a las entidades demandadas *“al pago de las sumas que resulten necesarias para la plena indemnización de los perjuicios materiales y morales causados a los demandantes”*.

El a-quo dicta sentencia el 29 de junio de 2005, y resuelve fallar parcialmente a favor de la demandante por lo que ambas partes estuvieron inconformes y apelaron.

el a-quem en sentencia del 25 de septiembre de 2008 confirma lo dicho por a-quo parcialmente, modifica lo dicho en cuanto a la culpabilidad de las partes aduciendo que ambas son responsables y revoca la absolución que le dio el a-quo a los demandados respecto al lucro cesante; en se entendía del 5 de diciembre del año 2008 el tribunal complementa la sentencia, los demandantes interponen recurso de contra el fallo de segunda instancia, que el Tribunal concedió únicamente a Guillermo Alejandro Campo Rosero.

La Corte, en virtud de esa impugnación extraordinaria, mediante sentencia del 14 de diciembre de 2010, casó la recurrida, habida cuenta que halló próspero el cargo primero, en el que se denunció su inconsonancia, por no haber resuelto las pretensiones del libelo introductorio respecto del precitado demandante; y, previamente al proferimiento de la de reemplazo, dispuso la práctica de algunas pruebas de oficio.

OBSERVACIONES: en esta providencia es claro como la corte califica la relación con una entidad prestadora de salud como una relación de carácter contractual en razón a su caracterización de prestación de servicio, partiendo de la base de un contrato fijado entre las dos partes; es imperante tener en cuenta que en sede de responsabilidad se acreditan los presupuestos estructurales de un incumplimiento contractual en razón a la impericia, negligencia de los servidores de la clínica quienes permitieron la salida del menor; de igual forma puede denotarse la configuración del elemento estructural de la responsabilidad contractual como lo es el daño de forma directa y cierta y no meramente eventual o hipotético.

NÚMERO DE SENTENCIA O PROCESO: SC 2506-2016	
TIPO DE PROVIDENCIA: SENTENCIA DE CASACIÓN	
MAGISTRADO PONENTE: MARGARITA CABELLO BLANCO	
ASUNTO: RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA CONTRACTUAL	
FECHA: 2 DE MARZO DE 2016	
DEMANDANTE: FACTOR MAURICIO MONAGAS MEJÍA Y DANIEL MAURICIO Y PAULINA MONAGAS ZAPATA	
DEMANDADO: LA SENTENCIA DEL 4 DE ABRIL DE 2013 PROFERIDA POR LA SALA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN.	
<p>RESUMEN DE LA SENTENCIA: Luz Patricia Zapata contrajo matrimonio con Factor Mauricio Monagas Mejía y que como fruto de esa unión nacieron Daniel Mauricio y Paulina, para la fecha de la ocurrencia de los hechos Luz Patricia era empleada de Electroporcelana Gamma S.A. con un salario promedio de \$618.582 mensuales. Estaba afiliada a la EPS Susalud, entidad que en enero de ese año autorizó la práctica de una cirugía (septoplastia) que aquella requería, por lo que en la fecha mencionada, por orden del doctor Santiago Monsalve , fue hospitalizada en la Clínica Las Vegas, de propiedad de Inversiones Médicas de Antioquia S.A.. Su diagnóstico de ingreso fue “<i>sinusitis crónica máximo etmoidoesfenoidal más desviación septal más desviación de cornetes</i>”; aparentemente el acto quirúrgico no tuvo ninguna complicación, posteriormente</p>	<p>CONSIDERACIONES DE LA CORTE: respecto del proceso en cuestión según las normas violadas acerca del contrato aduce la corte que es pertinente mencionar que el artículo 63 del Código Civil es sólo definitorio de la culpa, su división tripartita y del dolo; el artículo 1494 de esa misma obra es meramente descriptivo sobre las fuentes de las obligaciones; el canon 1546 ibídem -norma que sí es sustancial- contempla el derecho a pedir la resolución del contrato bilateral por incumplimiento de la contraparte, lo cual evidentemente es un asunto impertinente a lo</p>

empieza a presentar nauseas y vomitos por lo que fue revisada por el médico tratante y luego por una enfermera pues se quejaba de una fuerte cefalea, seguidamente tras un paro cardiorrespiratorio fue atendida sin intervención médica ni equipos de resucitación, fue llevada a la unidad de cuidados intensivos donde se estableció que las nauseas, cefaleas y vomitos eran “características no claramente establecidas” así como que posteriormente presentó “cianosis periférica quejumbrosa, rigidez de descerebración”, Con base en estos hechos se afirma que hubo demora en el proceso de resucitación o en que se advirtiera el paro cardiorrespiratorio, lo cual influyó en la muerte cerebral y en el desenlace fatal, pues Luz Patricia Zapata Muñoz falleció el 31 de enero a las 2:55 a.m. en la unidad de cuidados intensivos de la Clínica Las Vegas.

Los demandantes pretenden que frente a las demandadas Compañía Suramericana de Salud S.A. Susalud, Clínica Las Vegas Coomeva IPS Ltda. e Inversiones Médicas de Antioquia S.A.se declaren civilmente responsables de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales ocasionados a los actores como consecuencia de la muerte de Luz Patricia Zapata Muñoz y sean condenadas a pagar una indemnización.

En sentencia de primera instancia el a-quo desestimó la objeción por error grave al dictamen pericial, denegó las pretensiones y condenó en costas a la parte demandante, oportunamente apelada el a-quem confirma la decisión del a-quo aduciendo que no había responsabilidad pues las actuaciones del personal médico se erigieron bajos los cánones exigidos.

Procede en sede de casación y la parte demandante acusa la sentencia de ser indirectamente violatoria de las normas sustanciales contenidas en los artículos 63,

que se debate en este juicio; el precepto 1602 consagra en el ordenamiento positivo el principio de la autonomía de la voluntad privada, que si bien permea cualquier relación jurídica de índole contractual y puede en esa medida servir de báculo para la estructuración de un cargo en casación, en sí mismo no puede fundar uno por violación de normas sustanciales, por su tesis abierta, pero menos en este, en donde no se debate, en absoluto, las hipótesis a que alude tal precepto. Esto mismo debe señalarse del artículo siguiente, el 1603 - que consagra el principio de la buena fe en la ejecución de los contratos- a lo que se agrega que acá no se hace alusión a un proceder doloso o de mala fe por parte de los demandados, que justifique su invocación; En lo que tiene que ver con el canon 1610, también del Código Civil, referido a las alternativas con que cuenta el acreedor en relación con el incumplimiento de obligaciones de hacer, fácilmente se advierte que, no obstante que lo debatido en este juicio apunta a la inobservancia de prestaciones de esa índole (*facere*), nada se dice sobre las opciones que consagra el precepto y por consiguiente no estaría llamado éste para estar enlistado como violado por el Tribunal. Así mismo, debe anotarse que los artículos 1613, 1614 y 1615, del Estatuto Civil, que explican los componentes de la indemnización de perjuicios (daño emergente y lucro cesante), no son sustanciales pues tan sólo hacen una clasificación y explicación de dos modalidades de daños resarcibles. En lo que hace a los

<p>1494, 1546, 1602, 1603, 1604, 1610, 1613, 1614, 1615, 2341, 2343 y 2356 del Código Civil; 1º, 10 y 16 de la Ley 23 de 1981, como fruto de errores de hecho manifiestos en los que incurrió el sentenciador en la apreciación del material probatorio.</p>	<p>artículos 2341, 2343 y 2356 del mismo cuerpo normativo, tales preceptos van dirigidos a disciplinar tópicos (responsabilidad directa, legitimación pasiva y responsabilidad por actividades peligrosas) del deber de resarcir daños causados a consecuencia del incumplimiento del deber jurídico constituido por el <i>neminenlaedere</i>, prototípico de la responsabilidad civil extracontractual, y por tanto, impertinente al asunto materia de esta litis.</p> <p>En cuanto a la responsabilidad de las demandadas la corte NO CASA en razón a la no demostración de las equivocaciones imputadas al personal médico por ende se libra de responsabilidad a las demandadas.</p>
<p>OBSERVACIONES: es posible denotar en esta providencia la impertinencia de la norma contractual en razón a que esta nunca estuvo en cuestión, en cuanto a la ejecución de un contrato de medicina prepagada es imperativo tener en cuenta el principio de autonomía de la voluntad privada, así como el principio de la buena fe en la ejecución de los contratos.</p>	

<p>NÚMERO DE SENTENCIA O PROCESO: SC 10261-2014</p>
<p>TIPO DE PROVIDENCIA: SENTENCIA DE CASACIÓN</p>
<p>MAGISTRADO PONENTE: MARGARITA CABELLO BLANCO</p>
<p>ASUNTO: RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA CONTRACTUAL Y PERDIDA DE OPORTUNIDAD</p>
<p>FECHA: 4 DE AGOSTO DE 2014</p>

DEMANDANTE: LUZ STELLA PUERTA HOYOS, FERNANDO PUERTA ABAD	
DEMANDADO: LUÍS ANTONIO RUÍZ MURCIA Y EL CENTRO OFTALMOLÓGICO COLOMBIANO LTDA	
<p>RESUMEN DE LA SENTENCIA: en el año de 1986 la demandante fue intervenida quirúrgicamente por el demandado en sus dos ojos a fin de corregir un problema de astigmatismo e hipermetropía; cuatro años después la demandante volvió a experimentar problemas en su visión por lo que el demandado el doctor Luis Antonio Ruiz Murcia recomendó una nueva intervención quirúrgica y que cuando se la hicieron el resultado no fue satisfactorio en el ojo derecho, dado que los problemas continuaron el médico le recomendó a la joven un trasplante de córnea, trasplante que la demandante no quería hacerse pero ante la insistencia del galeno optó por hacerselo, una vez en su casa la demandante empezó a experimentar unos dolores intensos que se prolongaron por varios días, al tercer día, y como no fue posible ser atendida personalmente por el Dr. RUIZ, se desplazó a la Clínica Barraquer, donde luego de establecerse que tenía una infección en el ojo intervenido, la Dra. ÁNGELA MARÍA GUTIÉRREZ le aplicó el tratamiento correspondiente, suministrándole incluso dosis importantes de antibióticos, el Dr. RUIZ MURCIA la contactó para explicarle que él asumiría directamente los costos de los procedimientos, pero a condición que <i>“saliera de la Clínica en la que se hallaba”</i>; también le dijo que no podía ser en el CENTRO OFTALMOLÓGICO COLOMBIANO porque estarían haciendo una esterilización, razón por la cual el tratamiento <i>“se produjo inicialmente mediante visitas suyas a la residencia de la paciente”</i>. Posteriormente se hizo un nuevo reemplazo de córnea, que comprendió igualmente un <i>“trasplante parcial de la esclera”</i>, llevado a cabo el 13 de marzo de 1991 en la Clínica del Country de Bogotá, sin que los resultados hayan sido los esperados, la demandante se agravó con los días por lo que</p>	<p>CONSIDERACIONES DE LA CORTE: aduce la corte que sobre la responsabilidad civil del médico si bien en una época, ya distante en el tiempo, se consideró que se ubicaba fundamentalmente en el ámbito extracontractual, lo cierto es que la jurisprudencia de esta Corporación, desde la recordada sentencia de 5 de marzo de 1940, ha puntualizado que, por el contrario, aquella es preponderantemente contractual, sin dejar de lado, claro está, que pueden concurrir hipótesis en las que asume otro carácter. El daño es uno de los presupuestos estructurales de la responsabilidad sin cuya existencia y plena demostración aquella se desvanece, tanto que, resultaría innecesaria la verificación y análisis de sus restantes elementos porque, ante su ausencia no surge ninguna obligación indemnizatoria. Los artículos 1613 y 1614 del Estatuto Civil, dentro del espectro de la responsabilidad contractual, disciplinan la indemnización de perjuicios, incorporando los conceptos de daño emergente y lucro cesante.</p> <p>En cuanto a la pérdida de oportunidad sostiene la corte que se puede considerar existente la pérdida de oportunidad como daño indemnizable en un caso concreto. Frente a la descrita conceptualización de la pérdida de oportunidad como una modalidad del daño provista de las antedichas singularidades, también se ha caracterizado la figura en comento como una técnica de facilitación probatoria respecto de la causalidad en tanto que elemento de cuya concurrencia se precisa en el juicio de responsabilidad, por entender que la operatividad de la mencionada noción de pérdida de chance permite corregir el desequilibrio en el cual, en algunas ocasiones, se encuentra la víctima dadas las dificultades probatorias a las que debe hacer frente y que la ubican <i>“en una situación de desigualdad respecto del agente porque carece de</i></p>

<p>galeno le planteó la colocación de un implante y de una prótesis y que luego de haberse hecho fue rechazado por el organismo de Luz Estella, concluyendo con la pérdida anatómica del ojo derecho de Luz Estelladebiendo desplazarse a la ciudad de Miami en los Estados Unidos, para recibir atención en el Bascom Palmer EyeInstitute, por razón de la enucleación y el implante al que se sometió.</p> <p>la demandante Luz Estella Puerta Hoyos reclama se declare la responsabilidad civil contractual por los daños y perjuicios sufridos luego del tratamiento médico ejecutado por el doctor RUIZ MURCIA en las instalaciones del CENTRO OFTALMOLÓGICO COLOMBIANO, así como indemnización pecuniaria al señor Fernando Puerta Abad padre de Luz Estella por perjuicios morales.</p> <p>La parte demandada llama en garantía a la cruz roja seccional Antioquia y el a-quo en sentencia del 25 de mayo de 2007 admite la defensa de la cruz roja seccional Antioquia demandada y llamada en garantía, así que se desestimaron las pretensiones formuladas contra ella; y por otro, se acogieron varias de las súplicas propuestas frente a los convocados iniciales, en las cuantías fijadas por el <i>a quo</i>. Las partes apelan y el a-quem lo ratifica en su integridad, por lo que la parte actora en sede de casación formula acusación por una violación sustancial.</p>	<p>conocimientos y medios para apreciar si hubo o no Causalidad, de suerte que la noción de pérdida de oportunidad “entra en juego, habilitando un resarcimiento, cuando se tiene, no la certeza jurídica de que un sujeto ha privado de un beneficio a un sujeto, pero sí una fuerte intuición, sospecha o certeza moral de que lo hizo”; desde esta perspectiva, la pérdida de oportunidad se constituye en una técnica a utilizar en eventos en los cuales existe Incertidumbre causal. Al diferenciar la ‘pérdida de oportunidad’ del ‘lucro cesante’ como rubros diversos del daño, pues mientras que la primera constituye una pérdida de ganancia probable dado que, según se ha visto, por su virtud habrán de indemnizarse las expectativas legítimas y fundadas de obtener unos beneficios o de evitar una pérdida que por razón del hecho dañoso nunca se sabrá si habrían de conseguirse, o no, el segundo implica una pérdida de ganancia cierta se dejan de percibir unos ingresos que ya se tenían.</p>
<p>OBSERVACIONES: en cuanto a esta providencia es posible observar como la corte en ocasiones anteriores le ha atribuido la responsabilidad civil medica a una esfera de extracontractualidad pero esta providencia en especial la enmarca en un entorno contractual, así mismo establece el daño como uno de los presupuestos estructurales y que sin su existencia se desvanecería el objeto de la responsabilidad civil contractual.</p> <p>De igual forma la providencia hace su pronunciamiento en cuanto al tema de pérdida de oportunidad y le atribuye un carácter de daño autónomo e indemnizable, también se le atribuye una</p>	

característica de facilidad probatoria en cuanto a la causalidad de igual forma se le atribuye como una técnica a utilizar cuando hay casos de incertidumbre causal.

NÚMERO DE SENTENCIA O PROCESO: 14415	
TIPO DE PROVIDENCIA: SENTENCIA DE CASACIÓN	
MAGISTRADO PONENTE: JAIME ALBERTO ARRUBA PAUCAR	
ASUNTO: RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA CONTRACTUAL Y PERDIDA DE OPORTUNIDAD	
FECHA: 18 DE MAYO DE 2005	
DEMANDANTE: CLÍNICA NUESTRA SEÑORA DEL PILAR LTDA. Y ARMANDO ARDILA CUÉLLAR	
DEMANDADO: SENTENCIA DICTADA EL 27 DE JULIO DE 1999, POR LA SALA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., EN EL PROCESO ORDINARIO INICIADO POR FLORENCIO SÁENZ PEÑA, EN SU PROPIO NOMBRE Y EN REPRESENTACIÓN DE LA MENOR SHIRLEY SÁENZ RUGE	
<p>RESUMEN DE LA SENTENCIA: la señora MARÍA ANA LUISA RUGE ORTEGA fue conducida a la clínica, donde fue atendida por su gerente, el Dr. ARMANDO ARDILA CUÉLLAR, quien previo examen, dictaminó que debía ser sometida a una colecistectomía. El 10 de julio se le practicó, por el citado profesional, el procedimiento quirúrgico recomendado, y el 13 de los mismos mes y año se le dio de alta, debiendo ser hospitalizada de nuevo el 15, por sufrir fuertes dolores en el vientre. Pasado un día, se autorizó su salida. Su cónyuge decidió llevarla con un médico aparte el Dr. LUIS FRANCISCO DELGADO MONSALVE, médico gastroenterólogo del Hospital Militar, galeno que luego de analizar los exámenes y radiografías concluyó que debía intervenir nuevamente una cirugía, bajo la dirección del citado profesional, se le extrajo”. Una compresa encapsulada por fibrosis</p>	<p>CONSIDERACIONES DE LA CORTE: la responsabilidad civil extracontractual que reclama la inexistencia de vínculo jurídico antecedente entre el agresor y la víctima, porque las pruebas cuya incorrecta verificación se le atribuye, comprobarían que entre la occisa y los demandados existió una relación comercial reguladora de los servicios médicos pactados, ligamen que situaría, dentro del ámbito contractual, la responsabilidad desencadenada por cualquier falla en la prestación de los servicios contratados.</p> <p>“La responsabilidad Civil del Médico” En el caso, la imputación de responsabilidad al facultativo galeno, provino de su coparticipación en la acción productora del daño, como miembro del equipo médico que realizó la intervención quirúrgica en la cual se</p>

<p>desarrollada en la zona donde se le había practicado la Colecistectomía", elemento que de acuerdo con los resultados de patología, generó una PERITONITIS AGUDA CRÓNICA". Pero Sin embargo, la peritonitis aguda y crónica desencadenada por la compresa dejada en su JAAP. Exp. 14415 4 vientre, le originó una congestión cardio-pulmonar, por la cual debió ser llevada de urgencia al Hospital Militar, ayudada de oxígeno, complicación que no fue posible controlar, pese a los esfuerzos médicos, falleciendo en diciembre, a la edad de 40 años.</p>	<p>dejó un cuerpo extraño al cerrar la cavidad abdominal de la paciente, grupo a todos cuyos integrantes atribuyó el sentenciador el comportamiento culposo generador de un perjuicio. La responsabilidad civil extracontractual, por el hecho propio, es imputable a título de culpa.</p>
<p>OBSERVACIONES: se puede observar que se realizó directa y personalmente el hecho culposo acusado, que cabe dentro de la responsabilidad civil médica por el hecho de un tercero llamado galeno, es decir que la perdida de oportunidad que se le genero al paciente ante un daño cierto y actual que no fue solo la muerte, si no la probabilidad de curación y de sobrevivir lo cual se acredita un daño indemnizable por un error de hecho en materia de responsabilidad médica y por ende es reparable extracontractualmente ya que el daño causado fue debido a una acción tipificada como delito cuasi delictual de un hecho propio.</p>	

<p>NÚMERO DE SENTENCIA O PROCESO: 76001-3103-002-1999-01502-01</p>	
<p>TIPO DE PROVIDENCIA: SENTENCIA DE CASACIÓN</p>	
<p>MAGISTRADO PONENTE: ARTURO SOLARTE RODRIGUEZ</p>	
<p>ASUNTO: RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA CONTRACTUAL</p>	
<p>FECHA: 30 DE NOVIEMBRE DE 2011</p>	
<p>DEMANDANTE: MANUEL GUILLERMO VELÁSQUEZ VELOZA Y DENNY ESPERANZA VELASQUEZ CASTRO</p>	
<p>DEMANDADO: COLSANITAS S.A. COMPAÑÍA DE MEDICINA PREPAGADA y de los señores RAMIRO PINEDA JARAMILLO, JORGE ENRIQUE ENCISO SÁNCHEZ y ALVARO DE JESÚS VELÁSQUEZ BOTERO</p>	

RESUMEN DE LA SENTENCIA: el demandante celebró contrato de prestación de servicios de asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria con la entidad demandada cuya usuaria vinculada era la señora Gilma Castro de Velásquez quien contaba con 37 años de edad y un estado óptimo de salud, que mediante un chequeo de rutina el médico gineco-obstetra encontró masa mal definida en su seno izquierdo”, por lo que le ordenó la práctica de una mamografía y una citología cérvico-vaginal, La primera de esas pruebas se realizó el 26 de febrero siguiente, su resultado, dio cuenta de la existencia de una “masa en el seno izquierdo”, que el médico tratante registró en la historia clínica como “MASA MAL DEFINIDA SOSPECHOSA. C A”, Con fundamento en dicho examen, el doctor Enciso Sánchez intervino quirúrgicamente a la paciente el 18 de marzo de 1996, mediante el procedimiento ambulatorio denominado “CUADRANTECTOMIA IZQUIERDA”, que se efectuó previo concepto sobre su buena condición de salud, en los días posteriores a la intervención, la señora Castro de Velásquez acudió en sucesivas oportunidades a consulta con el doctor Enciso Sánchez, debido a la persistencia de la inflamación y a un constante dolor en su seno izquierdo, frente a lo que el galeno señaló la existencia “de un edema”, formuló la aplicación de Bayrogel y paños de agua tibia, consignó el 24 de julio de 1996 en la historia clínica “SOSPECHA C.A.” y ordenó una “exploración de la mama izquierda”, procedimiento que llevó a cabo el 2 de agosto siguiente en asocio con el doctor Álvaro Velásquez Botero, seguidamente, el citado patólogo Ramiro Pineda Jaramillo rindió el correspondiente informe en el que se encontró un cuerpo extraño es decir material quirúrgico con apoyo en los resultados anteriores, el doctor Enciso Sánchez dispuso en cita que la paciente se internara nuevamente en la Clínica “Sebastián de Belalcazar” para extraerle el cuerpo extraño, pero se abstuvo de “consignar esa intervención en la historia clínica” y sólo se limitó a formularle Feldene Gel y paños de agua, los galenos Enciso Sánchez y Velásquez Botero le informaron a la señora Castro de Velásquez que padecía de un “hematoma”, hacia finales de 1996 el estado de salud de la paciente empeoró, por lo que el 10 de enero de 1997 acudió al especialista en medicina interna de COLSANITAS S.A. doctor Marco E. Martínez, quien ordenó la práctica una “escanografía de tórax”, cuyo resultado no le fue explicado a la señora Castro de Velásquez, ni a sus familiares, por lo que ella continuó en consulta con el mencionado profesional, quien le prescribió

CONSIDERACIONES DE LA CORTE: aduce la corte que en sede de responsabilidad médica contractual como en cualquiera otra, deben concurrir todos los elementos o presupuestos materiales para el éxito de la pretensión, empezando por supuesto con la prueba del contrato, que es carga del paciente, puesto que es esta relación jurídica la que lo hace acreedor de la prestación del servicio médico, de la atención y el cuidado. Igualmente, corresponde al paciente, probar el daño padecido (lesión física o psíquica) y consecuentemente el perjuicio patrimonial o moral cuyo resarcimiento pretende. Ahora, probado este último elemento, sin duda alguna, como antes se explicó, que lo nuclear del problema está en la relación de causalidad adecuada entre el comportamiento activo o pasivo del deudor y el daño padecido por el acreedor, pues es aquí donde entran en juego los deberes jurídicos de atención y cuidado que en el caso concreto hubo de asumir el médico y el fenómeno de la imputabilidad, es decir, la atribución subjetiva, a título de dolo o culpa, tratándose de la responsabilidad civil médica, la Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que, por regla general, la demostración de la culpa del demandado -factor subjetivo de atribución de la responsabilidad-, corre por cuenta de quien pretenda una declaración de tal linaje, por cuanto dicha clase de acciones sigue las reglas generales en materia de carga de la prueba.

Si bien en relación al médico asegura la corte que el médico tan sólo se obliga a poner en actividad todos los

antibióticos y desinflamatorios y, dado el crítico estado que presentaba, la volvió a remitir al doctor Álvaro Velásquez Botero, por iniciativa de éste último, se practicó a la paciente una “ecografía mamaria”, en la historia clínica no consta que a la paciente se le haya informado de su real estado de salud y fue únicamente hasta el 3 de junio de 1997 cuando el doctor Álvaro Velásquez “decidió hablar” y explicarle, a pesar de que llevaba un año de tratarla en conjunto con el doctor Enciso Sánchez, en razón de su avanzado deterioro físico, la señora Castro de Velásquez acudió a un endocrinólogo particular que le ordenó la práctica de una mamografía, examen con el que “definitivamente” se enteró de la enfermedad y de su gravedad. Ante ese resultado, los doctores Enciso Sánchez y Velásquez Botero acordaron la práctica de una cirugía ambulatoria de y quedó consignado en la historia clínica con antecedentes médicos sin importancia. El 14 de marzo de 1997 se entregó el informe de patología derivado del anterior procedimiento,. En razón al resultado, los prenombrados médicos ordenaron la práctica inmediata de una mastectomía, a la que se opuso la familia de la paciente, por la gravedad de la inflamación que en ese momento presentaba. El médico César Marino Ferrerosa, adscrito a COLSANITAS S.A., confirmó que la mastectomía no era conveniente, como quiera que la inflamación podía ocasionar, incluso, la amputación del brazo, por lo que recomendó la iniciación de un tratamiento de quimioterapia y posterior irradiación con el fin de disminuir el tumor. Sin embargo, la señora Castro de Velásquez acudió al concepto de un médico particular especialista en oncología, que ordenó una radiografía de tórax, el 14 de marzo de 1997 la señora Castro de Velásquez consultó por última vez con el doctor Enciso Sánchez, tal opinión le fue presentada al médico particular Diego Noreña, con quien aquella decidió adelantar el tratamiento, por ser el especialista que mayor confianza le proporcionaba. Mediante la “ESCANOGRAFÍA ABDOMINAL” que se le realizó el 21 de abril de 1997, se determinó la gravedad de las lesiones de la paciente con lo que se inició tardíamente el tratamiento adecuado, ya que el 10 de marzo de 1998 ocurrió el deceso de la señora Gilma Castro de, no se agotaron los pasos de secuencia diagnóstica en los casos de masas sospechosas, los doctores Enciso Sánchez y Velásquez Botero incurrieron en falta a sus deberes profesionales, al no haber agotado a tiempo los medios de diagnóstico suficientes para descartar la presencia del cáncer en su estado inicial, lo que suponía la remisión

medios que tenga a su alcance para curar al enfermo; de suerte que en caso de reclamación, éste deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación.

dependiendo de las circunstancias del asunto, se insiste una vez más, es posible que el juez, con sujeción a las normas jurídicas y de la mano de las reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica, deduzca ciertas presunciones (simples o de hombre) relativas a la culpa galénica; o que lo haga a partir de indicios endoprocesales derivados de la conducta de las partes (artículo 249 *Ibídem*); o que acuda a razonamientos lógicos como el principio *res ipsa loquitur* (como cuando se olvida una gasa o material quirúrgico en la zona intervenida, o se amputa el miembro equivocado, etc.); o teniendo en consideración la manifiesta anormalidad de las consecuencias del acto médico deduzca una ‘culpa virtual’ o un ‘resultado desproporcionado’.

oportuna de la paciente a un especialista en oncología. Así mismo, debieron obtener el consentimiento informado de la paciente y enterarla de su verdadero estado de salud, que le ocultaron dolosamente. Las demoras en la confirmación del diagnóstico y en la aplicación de un tratamiento adecuado, tienen relación de causa a efecto con el daño que representó la muerte de la señora Gilma Castro de Velásquez.

La parte demandante solicita que se declare, en primer término, que la Compañía de Medicina PrepagadaColsanitas S.A. fue “responsable, por culpa grave, del padecimiento y posterior deceso de la señora GILMA CASTRO OLAVE, ocurrido el 10 de mayo de 1998 en la ciudad de Cali”, debido a “fallas en la prestación del servicio”, y que, por ende, incumplió el contrato de prestación de servicios de asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria que celebró con Manuel Guillermo Velásquez Veloza el 1º de diciembre de 1989, toda vez que la citada paciente “fue atendida por los médicos adscritos al cuadro clínico de COLSANITAS, quienes con su proceder violaron de manera culposa las obligaciones derivadas de la relación contractual, produciendo así el hecho dañoso”.Y, en segundo lugar, que “los doctores RAMIRO PINEDA JARAMILLO, MÉDICO PATÓLOGO, JORGE ENRIQUE ENCISO SÁNCHEZ, MÉDICO GINECO-OBSTETRA, y ALVARO VELÁSQUEZ, MÉDICO GENERAL, adscritos a la red de servicios de la Compañía de Medicina Prepagada COLSANITAS S.A., son responsables por culpa grave del padecimiento y posterior deceso de la señora GILMA CASTRO DE VELÁSQUEZ, por existir una relación de tipo contractual entre los profesiones de la salud y COLSANITAS S.A.” y de ésta “con el afiliado, la víctima y sus hijos”, habida cuenta que efectuaron “un mal diagnóstico seguido de una mal tratamiento, lo que le generó finalmente el desarrollo prematuro de un cáncer de mama en el seno izquierdo con metástasis cerebral”. Como consecuencia de lo anterior, los demandantes reclamaron que se condenara a los demandados a pagarles la totalidad de los “perjuicios materiales y morales” que sufrieron por causa de la muerte de la señora Gilma Castro Ovalle, por concepto de daño emergente; por lucro cesante pasado y futuro, por perjuicio fisiológico y por perjuicios morales.

En sentencia de 13 de abril de 2007, el a-quo desestima las

<p>pretensiones, providencia ésta llamativa porque su fundamentación está referida parcialmente a normas jurídicas e instituciones extranjeras, como si se tratara de las nacionales, sustentación incomprensible y, desde todo punto de vista, reprochable. El mencionado pronunciamiento fue confirmado por el a-quem, el 5 de febrero de 2009, al desatar el recurso de apelación que interpusieron los demandantes.</p>	
<p>OBSERVACIONES: si bien es cierto esta sentencia en cuanto a la parte contractual muestra como para que se pueda configurar la misma es necesaria la concurrencia de todo los elementos deduciendo de la misma que el principal elemento sería el daño causado en la ejecución del contrato, en sede de responsabilidad se tiene en cuenta que la mala ejecución del contrato se encuentra ligada a los profesionales prestadores del servicio en razón a que estos son los que representan dicho contrato; de igual forma saca a colación principios como la res ipsaloquiatur y la culpa virtual denotando los posibles infortunios de la actividad médica.</p>	

NÚMERO DE SENTENCIA O PROCESO: SC 15996-2016	
TIPO DE PROVIDENCIA: SENTENCIA DE CASACIÓN	
MAGISTRADO PONENTE: LUIS ALONSO RICO PUERTA	
ASUNTO: RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL	
FECHA: 29 DE NOVIEMBRE DE 2016	
DEMANDANTE: OMAR VERANO LEMUSY OTROS	
DEMANDADO: ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A. Y LA ASOCIACIÓN MÉDICA DE ESPECIALISTAS PRAGMA S.A. -CLÍNICA PRAGMA S.A.	
<p>RESUMEN DE LA SENTENCIA: el señor Julio Enrique Cantillo acudió el 26 de junio de 2003 al Centro Médico Colsubsidio de Ciudad Roma, aquejado por un fuerte dolor en la parte baja del tórax, el cual se irradiaba a sus brazos, hallándose además, pálido, nauseabundo y sudoroso. Debido a un equivocado diagnóstico de gastritis carente de confirmación por medios técnicos, el médico allí inicialmente tratante,</p>	<p>CONSIDERACIONES DE LA CORTE: la responsabilidad civil, en su modalidad de extracontractual, cuando la misma es contractual, cabe precisar que la responsabilidad civil, en general y la médica en particular, de conformidad con la tradicional jurisprudencia de la Corte, puede presentarse de las dos formas referidas por aquella. En efecto, ha sostenido que, la contractual se estructurará, cuando</p>

<p>luego de formularle omeprazol, lo remitió a valoración por gastroenterología al Centro Médico de Colsubsidio de la Calle 63, en donde la especialista le ordenó, con carácter urgente, un electrocardiograma, pues en su sentir, la sintomatología apuntaba más a una afección cardíaca. Así mismo le ordenó una endoscopia y a pesar de habersele efectuado inmediatamente aquél examen, no así los restantes, pues la endoscopia le fue programada para el 3 de julio, como el ECG no fue analizado oportunamente, sino días después, el infarto cardíaco en curso que presentaba y revelaba dicho estudio no fue tratado, motivo por el cual, el paciente falleció.</p>	<p>previamente existe una relación jurídica entre las partes, es decir, subyace una convención válida, cuyo incumplimiento es fuente de perjuicios para alguno de los extremos de tal enlace. La extracontractual, por su parte, se origina al margen de cualquier vínculo jurídico previo entre quienes se han enlazado por causa del daño.</p> <p>Cuando la víctima directa de un acto lesivo fallece por causa del mismo, todas aquellas personas, herederas o no, que se ven agraviadas por su deceso, están habilitadas para reclamar la reparación de los daños que por esa causa recibieron, mediante acción en la cual actúan jure proprio, puesto que, por su propia cuenta reclaman el abono de tales perjuicios, y siempre es de índole extracontractual.</p>
<p>OBSERVACIONES: respecto de terceros perjudicados por los daños al usuario con ocasión de la prestación de los servicios médicos del plan obligatorio de salud, es extracontractual pueden exigir la indemnización del lucro cesante, daño moral y patrimonial que hubiera sufrido por el fallecimiento de la víctima, ya que actuaron con negligencia y omisión de cuidado por parte de la entidad promotora de salud.</p>	

NÚMERO DE SENTENCIA O PROCESO: SC 13925-2016
TIPO DE PROVIDENCIA: SENTENCIA DE CASACIÓN
MAGISTRADO PONENTE: ARIEL SALAZAR RAMÍREZ
ASUNTO: RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA EXTRA CONTRACTUAL
FECHA: 30 DE SEPTIEMBRE DE 2016
DEMANDANTE: GUILLERMO LEÓN PULGARÍN SOSSAY OTROS
DEMANDADO: LA SENTENCIA PROFERIDA EL TRECE DE DICIEMBRE DE DOS MIL

DOCE, QUE PROMOVIERON FRENTE A INVERSIONES MÉDICAS DE ANTIOQUIA S.A. Y LA CLÍNICA LAS VEGAS COOMEVA IPS LTDA.

RESUMEN DE LA SENTENCIA: la señora Luz Deisy en repetidas veces se dirigió a urgencias por un dolor abdominal el cual le diagnosticaron cólicos menstruales días después regresó a la Clínica por el servicio de urgencias donde el médico les explicó, a ella y a sus acompañantes, que había ocurrido un error de diagnóstico pues se le había prescrito una droga para una enfermedad que no tenía, dado que se encontraba invadida de ‘materia’ y era necesario operarla de inmediato. El diagnóstico previo a la cirugía fue de ‘apendicitis aguda perforada’ y los hallazgos arrojaron una apendicitis aguda con absceso y peritonitis localizada, signos de irritación peritoneal y abundante salida de secreción purulenta fétida.

Tres días después, amaneció muy grave con vómito, fiebre alta, dolores abdominales y calambres en las extremidades inferiores. De inmediato fue conducida por sus familiares a la Clínica Las Vegas, en donde el médico que la atendió les informó sobre la necesidad de realizar una nueva cirugía de manera urgente.

Debido a su grave estado de salud, la señora Luz Deisy Román fue intervenida quirúrgicamente en cinco ocasiones más durante un lapso de seis días, permaneciendo todo ese tiempo en la unidad de cuidados intensivos.

El 23 de junio murió como consecuencia de un choque séptico, previa sepsis abdominal y peritonitis. El deceso de la usuaria se produjo por la deficiente e indebida atención médica, quirúrgica y hospitalaria prestada por la Clínica Las Vegas, toda vez que el error de diagnóstico inicial, la cirugía tardía y los errores médicos posteriores descompensaron el funcionamiento de su organismo y llevaron a la paciente a un estado crítico e insalvable.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE: un principio general de responsabilidad civil, apartarse de procedimiento que consiste en enumerar los casos en los cuales la composición es obligatoria. En efecto, desde el momento en que admite que la acción de la víctima no se le concede para castigar al autor del daño, para ejercer la venganza, se es conducido necesariamente a establecer el principio fundamental de que un daño cualquiera, causado con una culpa cualquiera, da lugar a reparación.

“Todas las pérdidas y todos los daños que puedan sobrevenir por obra de alguna persona, sea por imprudencia, ligereza o ignorancia de lo que debe saber, o por faltas semejantes, por más leves que sean, deben ser indemnizadas por aquel cuya imprudencia o falta haya dado lugar a ellos; pues son un mal que ha hecho aun cuando no tuviese intención de dañar. Así, aquel que jugando imprudentemente a la barra en un lugar peligroso para los transeúntes, hiere a alguno, quedará responsable del mal que habrá ocasionado”.

La responsabilidad civil, por tanto, tiene por finalidad imponer a un agente la obligación de resarcir el daño que se le imputa cuando están presentes ciertas circunstancias preestablecidas por el ordenamiento jurídico.

OBSERVACIONES: el hecho por el cual una persona, sin malignidad, sino por imprudencia que

no es excusable, causa algún daño a otro, da lugar a una indemnización. En la responsabilidad extracontractual las entidades promotoras son civilmente responsables de los daños patrimoniales y morales a terceros ajenos por lo que están legalmente llamadas a repararlos.

NÚMERO DE SENTENCIA O PROCESO: SC 8219-2016	
TIPO DE PROVIDENCIA: SENTENCIA DE CASACIÓN	
MAGISTRADO PONENTE: FERNANDO GIRALDO GUTIERREZ	
ASUNTO: RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA EXTRA CONTRACTUAL	
FECHA: 20 DE JUNIO DE 2016	
DEMANDANTE: HENRY GARCÍA DONADOY OTROS	
DEMANDADO: LA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR LIMITADA CAFAM Y COLSUBSIDIO Y OTROS	
<p>RESUMEN DE LA SENTENCIA: la joven María Victoria Rojas Guarín ,ingresó al Hospital Universitario San Ignacio el 5 de diciembre de ese año, diagnosticándole “tumores corticales o subcorticales de fosa anterior y fosa media”, que ameritaban una intervención quirúrgica lo cual la entidad promotora solo autorizo el 6% de los costos por no tener el mínimo de las semanas cotizadas por ende era imposible para los familiares asumir el 94% restante, por lo que fue dada de alta en grave estado de salud y a los días siguientes le ocasiona la muerte a la paciente ,piden que se les indemnicen los perjuicios por el fallecimiento de ésta, como consecuencia de la deficiente atención que recibió en un centro especializado, autorizado para el efecto por la E.P.S. a la cual estaba afiliada.</p>	<p>CONSIDERACIONES DE LA CORTE: la responsabilidad civil de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), es contractual o extracontractual. Con relación al afiliado o usuario, la afiliación, para estos efectos, materializa un contrato, y por tanto, en línea de principio, la responsabilidad es contractual, naturaleza expresamente prevista en los artículos 183 de la Ley 100 de 1983 que prohíbe a las EPS “en forma unilateral, terminar la relación contractual con sus afiliados”, y los artículos 16 y 17 del Decreto 1485 de 1994, relativos a los “contratos de afiliación para la prestación del Plan Obligatorio de Salud que suscriban las Entidades Promotoras de Salud con sus afiliados” y los planes complementarios. Contrario sensu, la responsabilidad en que pueden incurrir las Entidades Promotoras de Salud (EPS) respecto de terceros perjudicados por los daños al afiliado o usuario con ocasión de la prestación de los servicios médicos del plan obligatorio de salud, es extracontractual Ahora, cuando se ocasiona el daño por varias personas o, en cuya causación intervienen varios agentes o autores, todos son solidariamente responsables frente a</p>

	la víctima.
<p>OBSERVACIONES: lo relacionado con la responsabilidad civil extracontractual, los titulares de la obligación indemnizatoria y la solidaridad legal por pasiva , son los accionantes que carecían un nexo causal en este caso los centros hospitalarios están obligados directamente a indemnizar por las faltas culposas de un hecho dañino a cargo de la entidad promotora, toda vez que es a través de ellos que se materializan los comportamientos punibles de ese tipo aduciendo daños por perjuicios morales y familiares.</p>	

NÚMERO DE SENTENCIA O PROCESO: 11001-3103-018-1999-00533-01	
TIPO DE PROVIDENCIA: SETENCIA SUSTITUTIVA	
MAGISTRADO PONENTE: WILLIAM NAMEN VARGAS	
ASUNTO: RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA EXTRA CONTRACTUAL	
FECHA: 17 DE NOVIEMBRE DE 2011	
DEMANDANTE: OMAR VERANO LEMUSY OTROS	
DEMANDADO: ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A. Y LA ASOCIACIÓN MÉDICA DE ESPECIALISTAS PRAGMA S.A. -CLÍNICA PRAGMA S.A.	
<p>RESUMEN DE LA SENTENCIA: el joven Aream Alexander Verano Garzón por dificultades respiratorias, acudió al servicio médico de un especialista, quien después de examinarlo, le sugirió la cirugía de “<i>septoplastia y turbinoplastia</i>”, fue a consecuencia de una intervención quirúrgica practicada el 23 de diciembre de 1997, y la infección posterior a la cirugía, falta de seguimiento, control o atención oportuna, y por consiguiente, la inobservancia de su deber legal de garantizar la adecuada prestación de los servicios de salud previstos en el POS para obtener el mejor estado de salud de sus</p>	<p>CONSIDERACIONES DE LA CORTE: de la responsabilidad médica, por cuanto, en oportunidades, unos mismos hechos, actos o conductas, a más de lesionar el contrato y, por tanto, los derechos e intereses de las partes contratantes, pueden generar un detrimento a terceros extraños al vínculo contractual, o sujetos distintos pueden causar el quebranto a una misma persona o a varias personas bajo distintas relaciones o situaciones jurídicas o diversos títulos de imputación, por ello legitimados para reclamarlos de conformidad con las normas legales.</p>

<p>afiliados, le produjo la muerte lo cual pone de presente el interés para derivar en su contra la demanda.</p>	<p>La responsabilidad civil médica, modalidad específica de la profesional, configura sistema compuesto por la proyección e incidencia de la medicina en la vida, salud e integridad sicofísica de la persona, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y los derechos fundamentales del sujeto. La salud, es derecho fundamental vinculado a la vida e integridad de las personas, base cardinal indisociable sin la cual el orden jurídico constituiría un simple enunciado vacuo, teórico e inocuo. La prestación del servicio médico y los servicios de salud, constituye derecho esencial del ser humano con singular y reforzada tutela normativa, a punto de ser deber constitucional del Estado, las instituciones prestadoras y del profesional. La protección de la vida humana, salud, dignidad y libertad de la persona, el principio de solidaridad social, reconduce las directrices tradicionales de la responsabilidad más allá de la relación directa médico paciente o de la naturaleza intelectual, liberal y discrecional de la profesión médica.</p>
<p>OBSERVACIONES: Tratándose de la responsabilidad civil extracontractual médica, indispensable demostrar sus elementos, en particular el acto o hecho dañoso, imputable a título de dolo o culpa, el daño y la relación de causalidad, “el acto médico puede generar para el profesional que lo ejercita obligaciones de carácter indemnizatorio por perjuicios causados al paciente, como resultado de incurrir en fallas de diagnóstico y de tratamiento, ya porque actúe con negligencia o impericia en el establecimiento de las causas de la enfermedad o en la naturaleza misma de ésta, al exponer al paciente a un riesgo injustificado o que no corresponda a sus condiciones clínico – patológicas.” Por ende se demostró el acto dañoso médico –paciente lo cual nace una reparación por daño moral y patrimonial lo cual es extracontractual por tratarse de terceros ajenos.</p>	

<p>NÚMERO DE SENTENCIA O PROCESO: 63-001-3331-002-2001-00570-01</p>
<p>TIPO DE PROVIDENCIA: SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA TRIBUNAL ADMINISTRATIVO</p>
<p>MAGISTRADO PONENTE: MARIO FERNANDO RODRIGUEZ REINA</p>
<p>ASUNTO: PERDIDA DE OPORTUNIDAD EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO</p>

FECHA: 30 DE JUNIO DE 2015	
DEMANDANTE: PASTORA LÓPEZ SÁNCHEZ	
DEMANDADO: E.S.E. HOSPITAL PIO X DE LA TEBAIDA	
<p>RESUMEN DE LA SENTENCIA: se demostró en absoluto, que la actuación negligente de los galenos del Hospital Pio X de la Tebaida, le restaron al paciente DAGOBERTO BURITICÁ LÓPEZ, la oportunidad de recuperarse y sobrevivir de las lesiones sufridas, al no habersele practicado un diagnóstico adecuado de la lesión sufrida en el cráneo, máxime cuando se trataba de una persona joven que no sobrepasaba los 31 años de edad, si bien el ente hospitalario no contó en el momento con los instrumentos tecnológicos y humanos, podía haberlo remitido a un centro hospitalario de un nivel superior de complejidad, pero esta decisión se tomó en forma tardía.</p> <p>Todo lo anterior lleva a concluir como acertadamente se denomina “responsabilidad patrimonial del estado” producto de la Prestación del servicio de salud, que generó la “la perdida de la oportunidad” o “chance”.</p>	<p>CONSIDERACIONES DE LA CORTE: En relación a la pérdida de una oportunidad la Doctrina ha señalado: “Con la expresión pérdida de un chance (chance equivale en español a ocasión, oportunidad) se indican todos los casos en los cuales el sujeto afectado podía realizar un provecho, obtener una ganancia o beneficio, o evitar una pérdida, lo que fue impedido por el hecho antijurídico de un tercero (sea o no contratante con aquel), generando de tal modo, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría o no producido, pero que, evidentemente, ha cercenado una expectativa, una probabilidad de una ventaja patrimonial”. De allí que, la pérdida de la oportunidad debe ser estudiada y definida desde la causalidad, como el elemento que permite imputar daños, a partir de la aplicación concreta de estadísticas y probabilidades en cuanto a las potencialidades de mejoramiento que tenía la persona frente a un determinado procedimiento u obligación médica que fue omitida o ejecutada tardíamente.</p> <p>Se destaca que la determinación de la pérdida de la oportunidad no puede ser una mera especulación, es necesario que de manera científica quede establecido cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar su vida, y que esa expectativa haya sido frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica. En este aspecto hay que prestar la máxima atención y no resolver como pérdida de oportunidad eventos en los cuales lo que realmente se presentan son dificultades al establecer el nexa causal.</p>
<p>OBSERVACIONES: se consideró la pérdida de oportunidad como un daño autónomo; precisando que la aplicación de esta figura debe ser cautelosa, pues debe estar plenamente acreditado el porcentaje de probabilidad y el grado de pérdida de posibilidad para el paciente de recuperar su salud o preservar su vida, es decir que no se trate de una situación hipotética, pues dicha figura no</p>	

puede utilizarse como subsidiaria a aquellas circunstancias en las que no se logra establecer el nexo de causalidad entre el daño y la falla en la prestación del servicio médico .Donde se deduce que el daño “pérdida de una oportunidad” es imputable a una conducta atribuible a la entidad accionada y por ende, surge el deber jurídico de reparación e indemnización.

NÚMERO DE SENTENCIA O PROCESO: 17001 23 31 000 2000 00645 01 (25706)	
TIPO DE PROVIDENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	
MAGISTRADO PONENTE: RAMIRO PAZOS GUERRERO	
ASUNTO: PERDIDA DE OPORTUNIDAD EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	
FECHA: 05 DE ABRIL DE 2017	
DEMANDANTE: ÁNGELA MARÍA GUTIÉRREZ CAMPIÑO Y OTROS	
DEMANDADO: CAJANAL Y OTRO	
<p>RESUMEN DE LA SENTENCIA: la Clínica no dio cumplimiento a sus obligaciones de atención al haber exigido un carnet de afiliación para la atención de urgencias, principalmente cuando se trataba de una paciente que cursaba una dolencia cardíaca y por haberla despachado a su casa sin efectuarle un diagnóstico correcto, ni practicarle exámenes que confirmaran o descartaran alguna patología; la clínica tampoco cumplió con lo dispuesto en la ley y el contrato sobre la referencia de pacientes, máxime cuando consideró, como lo expone su apoderado, que el nivel de atención que requería la paciente era superior al que había sido contratado con CAJANAL, argumento con el cual justificó la remisión de la paciente al Hospital para su tratamiento, desconociendo que ello obedeció única y exclusivamente a la negativa de la clínica de brindarle una atención oportuna y adecuada; por último, iv) señaló la responsabilidad del Hospital de Caldas E.S.E., por no haber suministrado oportunamente un medicamento requerido con urgencia por la paciente, lo que le generó daños neurológicos</p>	<p>CONSIDERACIONES DE LA CORTE: La doctrina francesa define a la pérdida de oportunidad como “un perjuicio actual acreditado por el hecho de la desaparición de un chance; “una variedad de perjuicio consistente en la pérdida cierta de una posibilidad de realización de un evento deseado”, o un “perjuicio cierto susceptible de ser objeto de una indemnización, cuando la perspectiva de realización probable de un acontecimiento, que habría beneficiado al recurrente por su favorabilidad, desaparece por razones que le son exteriores”</p> <p>Por lo anterior, la oportunidad que se pierde es la consecuencia del hecho o conducta de un tercero que ha cercenado un interés jurídico representado en una expectativa legítima de poder alcanzar un beneficio, de obtener una ganancia o de evitar una pérdida, y que si bien existe incertidumbre de saber si el beneficio se habría producido o el perjuicio se habría evitado, existe certeza en que se ha cercenado</p>

<p>irreversibles.</p> <p>Y se configuró una falla del servicio por parte de las entidades demandadas consistente en la falta de diligencia, oportunidad, eficiencia y pericia para el manejo adecuado de la patología presentada por la señora Campiño, lo que le implicó la pérdida de la oportunidad de curación o sobre vida.</p>	<p>de modo definitivo un interés legítimo, lo que da acceso al débito resarcitorio.</p> <p>La jurisprudencia administrativa en Colombia ha oscilado entre diferentes posturas que admiten tanto la aplicación de una teoría jurídica de la pérdida de oportunidad en el derecho de daños -posición mayoritaria-, como aquellas que la rechazan de plano y, por ende, niegan la posibilidad de que ante supuestos donde se presentan oportunidades cercenadas surja el débito resarcitorio -posición minoritaria y en desuso-. Al margen de esta tensión, la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha inclinado a declarar, después de haber abandonado la teoría del “todo o nada”, la responsabilidad del Estado cuando existe una probabilidad, seria, cierta y razonable de que el daño no se hubiera concretado de haberse presentado la conducta correspondiente.</p>
<p>OBSERVACIONES: La pérdida de la oportunidad es un concepto jurídico que permite definir problemas de imputación, en aquellos eventos en que no existe prueba suficiente del nexo causal que define una determinada relación causa - efecto. En consecuencia, el análisis de esta figura debe realizarse en sede de la imputación fáctica. La figura sólo tiene aplicación en aquellas situaciones en que existe duda o incertidumbre en el nexo causal, de tal forma que el grado de probabilidad oscile en un margen entre el 1% y el 99% de que un daño sea el producto de una causa específica y por ende, surge el deber jurídico de reparación e indemnización de perjuicios.</p>	

<p>NÚMERO DE SENTENCIA O PROCESO: 73001-23-31-000-2001-00814-01 (33.607) ACUMULADO</p>
<p>TIPO DE PROVIDENCIA: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO</p>
<p>MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA</p>
<p>ASUNTO: PERDIDA DE OPORTUNIDAD EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO</p>
<p>FECHA: 12 DE NOVIEMBRE DE 2014</p>
<p>DEMANDANTE: NAZLY ISABEL BEDOYA GIL Y OTROS</p>
<p>DEMANDADO: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Y OTROS</p>

<p>RESUMEN DE LA SENTENCIA: Se demostró probada la falla del servicio alegada, consistente en el descuido, negligencia e impericia por parte del personal médico al valorar la lesión de Cristian Fabián Guzmán Bedoya, toda vez que no se estudiaron de forma seria y profesional los verdaderos daños que el menor sufrió con la caída, pues, atendiendo a la gravedad de la lesión, era previsible que se hubieran comprometido otros tejidos y nervios y que la atención que el paciente requería no se limitaba a la reducción de la estructura ósea que resultó fracturada. A juicio del procurador delegado, el niño fue sometido a una atención e intervención ligera, inadecuada y desprovista de los protocolos médicos exigibles, a tal punto que la omisión en la que incurrió la entidad demandada se constituyó en la causa determinante del daño cuya indemnización reclaman los demandantes.</p>	<p>CONSIDERACIONES DE LA CORTE: La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del ‘chance’ en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto, frente a lo cual resulta lógico que dicha oportunidad perdida ‘tiene un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego, sino que ha de ser, necesariamente, inferior a él’, para su determinación.</p> <p>“En ese orden ideas, la pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta ésta que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial; 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, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento.</p>
<p>OBSERVACIONES: la pérdida de oportunidad es un daño reparable, en sentido 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</p>	

será mayor, cuanto mayores hayan sido las probabilidades de conseguir el beneficio que se pretendía, habida consideración de las circunstancias fácticas de cada caso el monto de la indemnización por la pérdida de la oportunidad habrá de establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente anhelaba el afectado, en función de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino.

NÚMERO DE SENTENCIA O PROCESO: 2350573

TIPO DE PROVIDENCIA: SENTENCIA DE TUTELA CORTE CONSTITUCIONAL

MAGISTRADO PONENTE: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

ASUNTO: PERDIDA DE OPORTUNIDAD

FECHA: 03 DE DICIEMBRE DE 2009

DEMANDANTE: CARLOS ALBERO OSSA CIFUENTES

DEMANDADO: “SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD” –SOS EPS-.

RESUMEN DE LA SENTENCIA: El señor Carlos Alberto Ossa Cifuentes, impetró acción de tutela en representación de su menor hija, Laura Sofía Ossa Jaramillo. Por considerar los derechos a la vida y a la salud de aquella hubiesen podido estar sometidos a un perjuicio irremediable por parte de la Entidad Promotora de Salud “Occidental de Salud –SOS EPS- al negarle, en general, todos los medicamentos, insumos y procedimientos requeridos para el manejo de la ICTIOSIS CONGÉNITA o SINDROME DE FETO ARLEQUÍN con el que nació y, específicamente las vendas de vaselina, el gel genteal y un spray necesario para mantener su piel humectada.

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

CONSIDERACIONES DE LA CORTE: En efecto, el Consejo de Estado acogió en su jurisprudencia en materia de responsabilidad médica, 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.”

Según PHILIPPE BRUN tal definición no significa más que lo siguiente: “que la alta jurisdicción solo evoca aquí la probabilidad de un acontecimiento favorable y no la de un daño; a justo título sin duda, en la medida en que la pérdida de una oportunidad no debe ser confundida con la creación de un riesgo, lo cual sólo puede engendrar un perjuicio eventual y por consiguiente no reparable.

En completa lógica, no es sensato incluir en la definición las “oportunidades perdidas” de evitar un daño; la jurisprudencia lo admite no

	obstante, especialmente en materia de responsabilidad médica”.
<p>OBSERVACIONES: En este caso la perdida de oportunidad se generaría en sentido de que se acredita ante un daño cierto y actual que no es solo la muerte, si no la disminución de la probabilidad de sanar es decir que la perdida de oportunidad de curación y de sobrevivir es un daño indemnizable de perjuicio entre la actitud omisiva de un galeno en materia de responsabilidad médica.</p>	

NÚMERO DE SENTENCIA O PROCESO: 05001-23-26-000-1995-00082-01(18593)	
TIPO DE PROVIDENCIA: APELACIÓN SENTENCIA REPARACIÓN DIRECTA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	
2.1 MAGISTRADO PONENTE: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ	
ASUNTO: PERDIDA DE OPORTUNIDAD	
FECHA: 11 DE AGOSTO DE 2010	
DEMANDANTE: PEDRO EMILIO VALENCIA Y OTROS	
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA Y OTRO	
<p>RESUMEN DE LA SENTENCIA: el señor Carlos Humberto Valencia Monsalve se encontraba en compañía de unos amigos en un establecimiento de comercio en el Municipio de Liborina (Antioquia) y de repente fue agredido por otra persona que llegó al lugar, quien le propinó golpes en la cabeza, dejándolo inconsciente, razón por la cual fue conducido por sus compañeros al Hospital San Lorenzo de esa municipalidad para que le suministraren la respectiva atención médica.</p> <p>Al llegar al mencionado hospital, tanto los médicos como las enfermeras se abstuvieron de atenderlo con apoyo en el argumento de que no se trataba de un paciente enfermo sino de un borracho.</p>	<p>CONSIDERACIONES DE LA CORTE: Se puede considerar existente la pérdida de oportunidad como daño indemnizable en un caso concreto, Frente a la descrita conceptualización de la pérdida de oportunidad como una modalidad del daño provista de las antedichas singularidades, también se ha caracterizado la figura en comento como una técnica de facilitación probatoria respecto de la causalidad en tanto que elemento de cuya concurrencia se precisa en el juicio de responsabilidad, por entender que la operatividad de la mencionada noción de pérdida de chance permite corregir el desequilibrio en el cual, en algunas ocasiones, se encuentra la víctima dadas las dificultades probatorias a las que debe hacer frente y que la ubican “en una situación de desigualdad respecto del agente porque carece de</p>

<p>Se señaló que a la víctima no se le suministró tratamiento alguno ni se le practicaron exámenes de rayos X de su cráneo para descartar la “fractura lineal del peñasco del hueso temporal”, así como tampoco se le ordenó la práctica de una escanografía, pues lo único que se le hizo al paciente fue la sutura de sus heridas en el cuero cabelludo. Agregó que no puede aceptarse que la atención médica hubiese sido adecuada, por cuanto el paciente llegó al hospital a las 10:00 P.M., y a las 4:00 A.M., murió por causas que apenas se descubrieron en la necropsia.</p>	<p>conocimientos y medios para apreciar si hubo o no Causalidad, de suerte que la noción de pérdida de oportunidad “entra en juego, habilitando un resarcimiento, cuando se tiene, no la certeza jurídica de que un sujeto ha privado de un beneficio a un sujeto, pero sí una fuerte intuición, sospecha o certeza moral de que lo hizo”; desde esta perspectiva, la pérdida de oportunidad se constituye en una técnica a utilizar en eventos en los cuales existe Incertidumbre causal.</p> <p>Al diferenciar la ‘pérdida de oportunidad’ del ‘lucro cesante’ como rubros diversos del daño, pues mientras que la primera constituye una pérdida de ganancia probable dado que, según se ha visto, por su virtud habrán de indemnizarse las expectativas legítimas y fundadas de obtener unos beneficios o de evitar una pérdida que por razón del hecho dañoso nunca se sabrá si habrían de conseguirse, o no, el segundo implica una pérdida de ganancia cierta se dejan de percibir unos ingresos que ya se tenían.</p>
<p>OBSERVACIONES: De lo anterior se puede deducir que la pérdida de la oportunidad de curarse o de sobrevivir se toma en consideración cuando es virtual y atribuible al accidente, en tanto que si ella es apenas eventual no será tenida como reparable: “Si la víctima o sus causahabientes pueden establecer que sus oportunidades de curación hubiesen sido más grandes si el médico le hubiera dispensado cuidados más atentos, ella podría obtener por ese concepto indemnización de daños y perjuicios. Es decir que la pérdida de oportunidad o chace frente a la materia de responsabilidad civil es resarcible.</p>	