ELEMENTOS QUE ESTRUCTURAN LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD COMO DAÑO AUTÓNOMO EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD MÉDICO-ASISTENCIAL DEL ESTADO

TATIANA ROJAS QUINTERO

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA –UNAULA–
ESCUELA DE POSTGRADOS
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
MEDELLÍN
2018

ELEMENTOS QUE ESTRUCTURAN LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD COMO DAÑO AUTÓNOMO EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD MÉDICO-ASISTENCIAL DEL ESTADO

Monografía presentada como requisito para optar al título de Magister en Derecho Administrativo

TATIANA ROJAS QUINTERO

Asesora:

Juliana Nanclares Márquez
Magister en Responsabilidad Contractual, Extracontractual, Civil y del Estado

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA –UNAULA–

ESCUELA DE POSTGRADOS

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

MEDELLÍN

2018

CONTENIDO

pág.

INTRODUCCIÓN 6
1. CONSIDERACIONES GENÉRICAS SOBRE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL ESTATAL POR PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO-ASISTENCIAL 14
1.1 GENERALIDADES DESDE LAS PERSPECTIVAS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL 14
1.2 ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICO-ASISTENCIAL 17
1.3 TÍTULOS DE IMPUTACIÓN POR RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO-ASISTENCIAL 19
1.4 MARCO NORMATIVO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICO-ASISTENCIAL EN COLOMBIA 24
2. EL DAÑO ANTIJURÍDICO 29
2.1 CONCEPTO DE DAÑO 29
2.1.1 Definición 29
2.1.2 Conceptualización de los requisitos antes enunciados 38
2.1.2.1 Presencia del daño antijurídico 38
2.1.2.2 Causalidad material 38
2.1.2.3 Imputación 40
2.1.3 Características configurativas del daño 44
2.1.3.1 El daño debe ser cierto 46
2.1.3.2 El daño debe ser personal 47
2.1.3.3 El daño debe ser directo 47
2.1.3.4 El daño debe ser determinado o determinable 48
2.1.3.5 El daño debe ser anormal (o especial) 48

pág.

2.1.3.6 El daño debe involucrar una situación jurídicamente protegida.....49
2.1.3.7 El daño debe ser probado por quien lo sufre 49
2.2 ELEMENTOS DEL DAÑO ANTIJURÍDICO..... 50
2.2.1 En la doctrina.....50
2.2.2 En la jurisprudencia del Consejo de Estado 53
2.2.3 En jurisprudencia de la Corte Constitucional.....58
3. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD 63
3.1 CONCEPTO DE PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD 63
3.2 ELEMENTOS QUE CONFORMAN LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD 67
3.3 REQUISITOS QUE CONFORMAN LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD COMO DAÑO AUTÓNOMO PARA ESTRUCTURAR RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN MATERIA MÉDICO-ASISTENCIAL 88
3.3.1 Requisitos contemplados desde la primera perspectiva planteada.....91
3.3.1.1 Aleatoriedad del resultado esperado.....91
3.3.1.2 Situación potencialmente apta para aspirar a conseguir el resultado esperado 100
3.3.1.3 Imposibilidad definitiva de obtener lo esperado.....101
3.3.1.4 Relación de causalidad entre la conducta del actor y la pérdida de la oportunidad 103
3.3.2 Requisitos contemplados desde la segunda de las perspectivas enunciadas 104
3.3.2.1 Elemento incerteza.....104
3.3.2.2 Elemento certeza.....106
3.3.2.3 Elemento culpa del agente 107
4. RELACIÓN ENTRE LOS ELEMENTOS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO EN RESPONSABILIDAD EXTRA-CONTRACTUAL DEL ESTADO, Y LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO-ASISTENCIAL..... 109
4.1 FUNDAMENTOS TEMÁTICOS 109
4.2 PRESUPUESTOS CONCEPTUALES PARA VINCULAR EL DAÑO ANTIJURÍDICO Y LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD..... 113

pág.

4.3 ELEMENTOS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES SOBRE DAÑO ANTIJURÍDICO Y RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO POR PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICO-ASISTENCIALES..... 118
4.3.1 Consideraciones adicionales en relación con el daño antijurídico.....118
4.3.2 Elementos de la responsabilidad médico-asistencial.....124
4.4 SATISFACCIÓN DE OBJETIVOS DEL CAPÍTULO..... 126
5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES 130
REFERENCIAS..... 136

INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos se observan múltiples y continuos avances técnicos y tecnológicos en el campo de la medicina, básicamente orientados a prestar el servicio de atención en salud cada vez con mayor acierto, con mejores resultados, y acordes con los requerimientos y expectativas del usuario. No obstante, como es apenas lógico, en ocasiones se presentan diversos tipos de daño –parcial, total e inclusive la muerte– como consecuencia de la actividad desplegada en la prestación del servicio. Precisamente bajo este criterio se ha abierto paso la teoría de la pérdida de oportunidad como daño autónomo en la responsabilidad médica, figura reconocida por la jurisprudencia y la doctrina nacionales, ante todo con el propósito de abrir opciones favorables al paciente y/o sus familiares que les permitan hacer efectivo el derecho a la indemnización o reparación por los diferentes daños susceptibles de ocurrir en eventos de este tipo. No sobra indicar que la pérdida de oportunidad en tales eventos ha sido abordada tanto en nuestro medio como a nivel mundial, en tratados de responsabilidad médica, por daños y sanitaria, así como en múltiples estudios e investigaciones académicas, cuyos autores han oscilado entre la defensa y el rechazo de posturas que admiten o se oponen a la aplicación de la teoría de pérdida de oportunidad en el derecho de daños; posición esta última que en el transcurso de los años ha sido superada.

Por otra parte, la aplicación y efectividad de la pérdida de oportunidad –que sobre todo tiene lugar en eventos de responsabilidad extracontractual del Estado por la prestación del servicio médico-asistencial– hunde raíces en el artículo 90 de la Carta Política vigente, en virtud del cual se consagró el concepto de daño antijurídico como fundamento de la responsabilidad patrimonial estatal. Desde entonces han surgido en el medio nacional diversos criterios y posturas doctrinales y jurisprudenciales en torno a dilucidar el tipo de responsabilidad consagrado por dicha norma superior. En su momento hubo quienes sostuvieron que ésta no afectó para nada el sistema de imputación hasta entonces vigente y, por tanto, que continuaron aplicándose los regímenes de falla del servicio probada como regla general, falla del servicio presunta como régimen

intermedio y los regímenes no condicionados a la falla del servicio o regímenes objetivos; asimismo, que el concepto de daño antijurídico es el género, en cuyo marco se inscriben como especies los regímenes antes citados. Desde otra perspectiva se afirmaba también que con el concepto de daño antijurídico introducido constitucionalmente se consagró el régimen de responsabilidad objetiva estatal, modalidad para la cual el factor culpa deja de ser importante y más bien se apunta al nexo causal entre hecho y daño; no sobra indicar que este último criterio tuvo vigencia jurisprudencial hasta comienzos del presente siglo, manifestado en pronunciamientos con marcada tendencia hacia la "objetivación" de la responsabilidad del Estado, posición tal que ha venido decantándose en el transcurso de casi dos décadas aunque sin omitir en caso alguno que la responsabilidad extracontractual estatal tiene como fundamento único el daño antijurídico, a cuyo tenor se resta significado al factor subjetivo de la autoría del mismo e incluso al daño como tal, y en su defecto se otorga prevalencia al resultado definitivo dañoso de carácter patrimonial o extrapatrimonial padecido por la víctima

Al tenor de planteamientos como los expuestos el Consejo de Estado, avalado por la doctrina, ha acogido históricamente dos variantes para abordar el tema de la responsabilidad extracontractual del Estado, caracterizadas una y otra en los siguientes términos:

- Inicialmente a la luz de la teoría relacionada con la imputación, fundada en la causalidad probabilística, para la cual la responsabilidad es proporcional en función de la probabilidad de la causa, esto es: se imputa al actor una fracción o porcentaje del perjuicio final, en virtud de la posibilidad de que con su conducta hubiera incidido en la producción del daño.

- Una segunda posición se inscribe en la teoría del daño y está plasmada en cuatro Sentencias del alto organismo emitidas en los años 2010, 2013, 2015 y 2017. Desde este panorama jurisprudencial se considera la pérdida de oportunidad como un fundamento de daño, cuya reparación se efectúa en función de la frustración de la expectativa legítima de la víctima; se habla entonces de un daño en sí mismo con identidad y características propias, que se repara de acuerdo al porcentaje de probabilidad de realización de la oportunidad perdida. A partir de esta segunda postura se han establecido diversos requisitos para estructurar el daño por pérdida de oportunidad, los cuales han variado en la jurisprudencia nacional generando un vacío

conceptual no resuelto sin que hasta el momento actual se haya logrado certeza acerca de los elementos que efectivamente configuran dicha pérdida como daño autónomo.

Ahora bien, pese al citado vacío jurisprudencial relativo a certeza en torno al tema, como referentes para establecer los elementos que configuran tal pérdida, las citadas Sentencias de los años 2010 y 2013 (11 de agosto y 30 de enero, expedientes 18593 y 25583 respectivamente) formularon los siguientes criterios:

a. Certeza sobre la existencia de una oportunidad que se pierde
b. Imposibilidad definitiva de obtener el provecho anhelado o de evitar el detrimento sufrido
c. Al momento del daño la víctima debía encontrarse en situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado.

Asimismo, en dichos pronunciamientos se optó por considerar la pérdida de oportunidad como técnica de facilitación probatoria en casos de incertidumbre causal en los cuales resultare ser carga excesiva para la víctima demostrar el nexo entre el daño padecido y la actuación de la entidad a la cual se le imputa, logrando solo demostrar que dicha relación es probable, pero no cierta o segura.

Sin embargo, más adelante la Sentencia 25706 del 5 de abril de 2017, omitió parcialmente lo hasta entonces expuesto y desarrollado por el alto organismo jurisprudencial, acogiendo solo dos de los elementos que venían siendo adoptados por dicha corporación, dejando por fuera uno de ellos y precisando un tercer elemento diferente de los hasta entonces trabajados. Según el Consejero Ponente doctor Ramiro Pazos Guerrero, este fallo no solo reordenó “los elementos constitutivos del daño de pérdida de oportunidad”, sino que los formuló del siguiente modo:

a. Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado
b. Certeza sobre la existencia de una oportunidad
c. Pérdida definitiva de la oportunidad.

El fallo en comento también expuso el criterio a cuyo tenor la jurisprudencia administrativa nacional en su mayoría se inclina actualmente por la postura que admite la aplicación de una teoría jurídica de pérdida de oportunidad en el derecho de daños y haciéndolo se aparta de una segunda postura –minoritaria y en desuso– que niega la posibilidad de que ante supuestos donde se presentan oportunidades cercenadas surja el débito resarcitorio. Frente a la situación expuesta, el fallo indica que –desde posición propia– la Sección Tercera del alto Tribunal, luego de abandonar la teoría o regla del "todo o nada", ha optado porque se declare responsabilidad estatal cuando existe una probabilidad, seria, cierta y razonable de que el daño no se hubiera concretado si no se hubiera presentado la conducta causante del mismo.

A la par con los planteamientos jurisprudenciales contencioso-administrativos precedentes, la doctrina nacional también ha señalado algunos elementos a propósito del tema, los cuales en ciertos aspectos difieren de lo expuesto por el Consejo de Estado. No obstante, el elemento denominado "falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado" aparece como característica de estudio doctrinal, considerándolo como el primero por establecerse cuando se aborda la temática y como elemento *sine qua non* frente a pérdida de oportunidad.

Pero en definitiva, con base en la indagación bibliográfica, doctrinal y jurisprudencial y en lo estudiado y aprehendido, puede afirmarse que falta regulación en torno al tema, para la víctima se advierte ausencia de seguridad jurídica frente al mismo y no hay consenso unificado entre la jurisprudencia y la doctrina nacionales en cuanto a características y alcances de la pérdida de oportunidad como daño autónomo, en especial frente a los elementos constitutivos del daño, dejando a consideración del juez la escogencia de la teoría a aplicar –factor que puede dar lugar a confrontación entre el interés general y algunos derechos fundamentales constitucionalmente consagrados en favor de la víctima–.

Se estima que lo inmediatamente antes expuesto sintetiza los aspectos básicos que configuran la problemática objeto de estudio en esta oportunidad. A partir de lo cual y a manera de respuesta eficaz se plantea la necesidad establecer e implementar una teoría precisa sobre pérdida de oportunidad como daño autónomo en casos de responsabilidad médico-asistencial del Estado, capaz de brindar al paciente y/o a sus familiares seguridad jurídica en orden a la

reparación integral. Precisamente el objetivo general de este documento apunta a contribuir al logro de ese propósito, a cuyo efecto tiene indudablemente cabida la pregunta que sustenta el problema de investigación, esto es: ¿Cuáles deberían ser los elementos que configuran la pérdida de oportunidad como daño autónomo en materia de responsabilidad médico-asistencial del Estado?, teniendo presente que la respuesta aportada debe ser la materialización concreta del objetivo general previsto, en orden a conformar la pérdida de oportunidad como daño autónomo y estructurar la responsabilidad del Estado en materia médico-asistencial como consecuencia del mismo.

Se justifica la investigación desde la perspectiva de que, en general, la literatura alrededor del tema permite observar objetivamente que los espacios conceptuales han sido llenados con el desarrollo doctrinal y jurisprudencial, planteándose diversos supuestos para configurar los elementos que conforman la pérdida de oportunidad como daño autónomo y así estructurar la citada responsabilidad, pese a lo cual no se ha llegado a un consenso definitivo. Así las cosas, lo dicho denota de alguna manera el vacío que caracteriza el desenvolvimiento de la temática, sin que se hayan abierto opciones reales orientadas al adecuado y unificado tratamiento que debe darse a dichos elementos.

Adoptando referencialmente la regla general en materia de responsabilidad patrimonial dispuesta por el artículo 90 de la Carta Política, diversas fuentes doctrinales dan cuenta de que la estructuración de la pérdida de oportunidad en materia médico-asistencial se presenta a partir de dos supuestos, a saber: i) la causalidad material y ii) el daño antijurídico. El primero implica concebir dicha pérdida como un instrumento de facilitación probatoria de la relación de causalidad entre el hecho y el perjuicio; el segundo, concebirla como modalidad autónoma del daño, posición ésta adoptada por quien escribe.

Razones como las hasta aquí expuestas permiten inferir que a partir del concepto de la pérdida de oportunidad predominante y aplicado en Colombia, deben determinarse en forma clara los elementos esenciales para su configuración y, por ende, para la correcta aplicación, procedencia, interpretación y análisis de dicha figura en eventos relacionados con la prestación del servicio médico-asistencial. En este sentido la autora estima justificada la realización de la

monografía que le ha permitido ahondar en el tema y aportar cierta claridad frente a planteamientos de tipo jurisprudencial y doctrinal, sobre todo a efectos de contribuir a la seguridad jurídica del damnificado en estos casos. Adicionalmente, por cuanto la investigación adelantada aportó herramientas para una comprensión más amplia del tema, para ofrecer nuevos elementos de análisis y para fortalecer el debate en torno al mismo abordando aspectos de especial interés y significación.

La revisión documental y la descripción temática desarrollada, a juicio propio permiten aseverar que los estudios hasta ahora efectuados se han centrado en la discusión sobre la naturaleza y alcance de la teoría de la pérdida de oportunidad; escenario que difiere del interés investigativo aquí previsto, relativo a los elementos que estructuran la pérdida de oportunidad como daño autónomo en materia de responsabilidad médico-asistencial del Estado. Razón adicional por la cual se justifica y estima pertinente la investigación llevada a cabo, que permitió ahondar en el tema, destacar aspectos jurisprudenciales y doctrinales relevantes y –se reitera– aportar planteamientos en orden a la seguridad jurídica de las víctimas, contribuyendo de este modo a una correcta aplicación, procedencia, interpretación y análisis de la figura en comento.

Cuanto se ha dicho recoge una amplia visión sobre aspectos conceptuales del tema objeto de estudio. El contenido general del documento se desarrolla a manera de monografía de enfoque cualitativo, de tipo descriptivo y expositivo, dentro de un marco metodológico en cuyo contexto se registra y detalla el conocimiento allegado sobre el tema en concreto, a partir de rastreo de literatura pertinente y de referentes bibliográficos y jurisprudenciales adoptados como fuentes de información; metodológicamente también puede hablarse aquí del tipo de investigación aplicada, entendida como alternativa de respuesta eficaz frente a una necesidad académica y social de carácter inmediato y a un problema detectado, descrito y analizado, coincidente con la función social que está llamada a satisfacer toda labor académica de esta naturaleza.

Por lo demás. es de esperarse que la indagación doctrinal y jurisprudencial llevada a cabo y la exposición final de contenidos, se traduzcan en acciones y opciones de impacto sobre el panorama jurídico nacional en torno al tema abordado y a la problemática que éste conlleva, antes que limitarse a un simple registro de información o a la inmediatez de satisfacer un

requisito académico; si bien es cierto que esta última condición es inherente al trabajo como tal, igualmente lo es que se abordan de la mejor forma las implicaciones del tema en términos de intereses, necesidades, responsabilidad social y planteamientos jurídicos consecuentes, con el fin de responder a la exigencia de autorrealización y a la conquista de metas trazadas. Desde este punto de vista el documento debe valorarse cualitativamente, para detectar en él fortalezas motivadoras de reflexión y análisis, de síntesis conceptual, de internalización de contenidos y de nuevas opciones y posiciones jurisprudenciales y doctrinales en torno a la temática.

Lo hasta aquí dicho refleja el sentir de la autora frente al tema y frente al trabajo como tal. En cuanto a su presentación formal el texto está conformado por cinco capítulos cuyos contenidos guardan la necesaria relación entre sí como partes que son de un todo conexo, pero cada uno provisto de significado contextual propio, reforzándose de ese modo la pertinencia expositiva y un sentido optimismo frente a la valoración crítico-objetiva del documento por parte de futuros lectores. La secuencia capitular se identifica así:

Capítulo 1: como una forma adecuada de incursionar en el tema objeto de estudio, presenta una reseña conceptual sobre responsabilidad médica desde los puntos de vista doctrinal y jurisprudencial, los elementos que la conforman, los títulos de imputación por responsabilidad derivada de la prestación del servicio, y el marco normativo aplicable en Colombia. Todos estos son temas directamente relacionados con el objetivo general de la monografía y por tal razón se incluyen como punto de partida para su desarrollo.

Capítulo 2: expone lo relativo a la noción de daño antijurídico, conceptualización, características y elementos que lo conforman, así como lo pertinente a posiciones doctrinales y jurisprudenciales directamente tomadas de su fuente original.

Capítulo 3: se ocupa en detalle de los factores propios de la pérdida de oportunidad, desde las perspectiva doctrinal y jurisprudencial que permiten abordar con fluidez lo correspondiente a concepto, elementos que la conforman y requisitos para su aplicación eficaz en eventos de responsabilidad estatal por prestación del servicio médico-asistencial.

Capítulo 4: trata específicamente dos aspectos, a saber: la vinculación entre elementos doctrinales y jurisprudenciales en materia de daño antijurídico en responsabilidad extracontractual del Estado, y pérdida de oportunidad en la prestación del servicio médico-asistencial, temática desarrollada a través de tres ítems identificados así: a) Presupuestos conceptuales para vincular daño antijurídico y pérdida de oportunidad; b) Elementos doctrinales y jurisprudenciales sobre daño antijurídico y responsabilidad extracontractual del Estado por prestación de servicios médico-asistenciales, donde se exponen conceptos y planteamientos no tomados en cuenta en el numeral respectivo del Capítulo precedente; c) Lo relativo a responsabilidad médico-asistencial por prestación del servicio y su relación con la pérdida de oportunidad. El Capítulo finaliza con un numeral dedicado a hacer hincapié en la satisfacción de objetivos del mismo.

Capítulo 5: presenta Conclusiones y Recomendaciones basadas tanto en el contenido general de la monografía como en reflexión conceptual y aprehensión del tema por parte de la autora de este documento.

Finalmente se presenta el listado de referencias, tanto bibliográficas y hemerográficas como jurisprudenciales.

1. CONSIDERACIONES GENÉRICAS SOBRE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL ESTATAL POR PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO-ASISTENCIAL

1.1 GENERALIDADES DESDE LAS PERSPECTIVAS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

En torno al tema lo primero es incursionar la definición correspondiente a responsabilidad civil médica, para lo cual se adoptan los siguientes referentes idóneos:

a) El tratadista Martínez Rave alude a dicha responsabilidad como "… aquella en virtud de la cual, el paciente (víctima o sus herederos) puede demandar del médico una indemnización pecuniaria por los perjuicios causados con ocasión del ejercicio de la profesión médica" (Martínez R., 2003).

b) Según Yepes (2008) la responsabilidad médica se caracteriza como "… la indemnización que nace de los perjuicios ocasionados a un paciente o a sus familiares, en la prestación de un servicio de salud, que ha afectado su salud, vida o integridad personal". Y añade que se trata de "… la obligación de los médicos, de dar cuenta ante la sociedad por los actos realizados en la práctica profesional, cuya naturaleza y resultados sean contrarios a sus deberes, por incumplimiento de los medios y/o cuidados adecuados en la asistencia del paciente …".

c) Expone M. Ossorio en su "Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales", que la responsabilidad es un elemento agregado al solo efecto de garantizar el cumplimiento de un deber. Civilmente, dice, se considera contractual cuando tiene su origen en el incumplimiento de un contrato válido, o como sanción establecida en una cláusula penal dentro del mismo, precisamente para aplicarla en caso de incumplimiento o demora en el cumplimiento; y se considera extracontractual cuando proviene del hecho de haberse producido un daño ajeno a toda vinculación convencional, por culpa o dolo que no configuren una infracción penalmente sancionable; no sobra advertir que la responsabilidad extracontractual no necesariamente deviene de hechos u omisiones propios, sino que además puede originarse en hechos ajenos, por ejemplo,

aquella que recae sobre un padre o una madre por acciones de sus hijos menores que causan perjuicios a terceros; la de tutores o curadores, por el cuidado de menores o incapacitados sometidos a su custodia; la de maestros o directores de artes u oficios respecto a sus alumnos o aprendices mientras permanezcan bajo su custodia; y en definitiva, en ciertos casos la responsabilidad estatal surgida por actos de sus agentes.

En concreto, la responsabilidad extracontractual es definida por el citado autor como aquella "… exigible, por daños o perjuicios, por acto de otro y sin nexo con estipulación contractual. Va evolucionando de lo subjetivo, que imponía siempre dolo o culpa en el agente responsable, a lo objetivo, al titular o dueño de la cosa que ha originado lo que debe resarcirse" (Ossorio, S. f.). Y en lo que respecta a responsabilidad médica, el propio Ossorio la caracteriza como "… la obligación que tiene el médico de reparar y satisfacer las consecuencias de sus actos, omisiones y errores… cometidos en el ejercicio de su profesión"; definición que puede también aplicarse a la responsabilidad de las instituciones prestadoras del servicio.

d) Desde la perspectiva jurisprudencial, la Corte Constitucional ofrece la siguiente definición: "… la responsabilidad médica deviene de la obligación, en principio contractual, del médico, EPS o IPS, de cuidar la integridad corporal del paciente para devolverlo sano y salvo al concluir la relación por prestación de un servicio médico …" (Sentencia T-118A/13, 2013).

e) A su turno, en Sentencia del 13 de noviembre de 2014, Consejero Ponente doctor Ramiro Pazos Guerrero, el Consejo de Estado se pronunció así sobre el tema:

> … La responsabilidad por la prestación médico asistencial de los particulares (…), se ubica dentro de la categoría de la responsabilidad subjetiva con culpa probada, luego entonces, debe existir una falla en el servicio generadora del daño, para efectos de endilgar la respectiva responsabilidad.

El primer punto del análisis efectuado por la Sala refiere directamente a la "carga dinámica de la prueba", y retomando jurisprudencia precedente señala que dicha carga corresponde a la parte que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo. La Sala considera pertinente, en primer lugar, dilucidar estos aspectos a la luz de la Sentencia del 27 de marzo del 2014, de esta

misma Sección, sobre las reglas aplicables en la actualidad en materia de responsabilidad médica, y en segundo lugar, pronunciarse respecto al problema jurídico planteado. En cuanto a tales reglas, el fallo plantea las siguientes consideraciones: i) el desarrollo inicial de la jurisprudencia se acogió a la responsabilidad estatal inscrita en el régimen subjetivo de falla probada del servicio, exigiéndose al demandante aportar la prueba de la falla, ya que siendo la actividad médica una obligación de medio, de la sola existencia del daño no había lugar a presumir dicha falla. ii) A partir del segundo semestre de 1992, la Sala acogió el criterio según el cual los casos de responsabilidad por prestación del servicio médico se juzgarían de manera general bajo un régimen subjetivo pero con presunción de falla en el servicio. iii) Posteriormente, en Sentencia del 10 de febrero del 2000, rad. 11878. Consejero Ponente doctor Alier Hernández Enríquez año 2000, se cuestionó la aplicación generalizada de presunta falla en el servicio y se optó por la teoría de la carga dinámica de la prueba, que lleva al juez a establecer en cada caso cuál parte ofrece mejores condiciones de probar la falla o su ausencia.

Como es apenas lógico, esta nueva posición adoptada exigiría la aplicación de criterios jurisprudenciales tendientes a aliviar dicha carga, como en efecto se materializó en su momento, al tiempo que se precisaron ciertos criterios sobre la carga de la prueba en casos de responsabilidad médica. iv) Por último, en 2006 se abandonó definitivamente la presunción de falla en el servicio retomando el régimen general de falla probada. Vale hacer hincapié en que actualmente se considera que en procesos de responsabilidad médica deben estar acreditados en el expediente todos los elementos que la configuran, esto es, el daño, la actividad médica y el nexo causal entre una y otro, “sin perjuicio de que para la demostración de este último elemento las partes puedan valerse de todos los medios de prueba legalmente aceptados, incluso de la prueba indiciaria…”. Así las cosas, sin duda la actividad médica que compromete la responsabilidad de la administración se acoge a la falla probada; con la salvedad de que dicha responsabilidad se estructura tanto por contravenir los postulados de la *lex artis*: funcionamiento anormal, negligente o descuidado del servicio médico, como también cuando la actividad desplegada en condiciones normales o adecuadas puede objetivamente dar lugar a que ello ocurra. Una mayor ilustración puede verse en la Sentencia del 29 de agosto de 2013, expediente 30283, Consejero Ponente doctor Danilo Rojas Betancourth.

Se termina este acápite indicando que a juicio de la autora, lo expuesto coincide con las expectativas previstas al comienzo de su desarrollo y además tiene representatividad contextual frente a las mismas.

1.2 ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICO-ASISTENCIAL

El ejercicio de la actividad médico-asistencial acarrea siempre determinadas consecuencias; éstas muchas veces coinciden con las expectativas favorables, como en el caso de la evolución satisfactoria de un paciente, pero igualmente pueden presentarse consecuencias adversas; precisamente en este último evento el Estado debe responder cuando la prestación del servicio tuvo lugar en una institución pública, y siempre que se configuren los presupuestos o elementos de responsabilidad médica extracontractual médica atribuible a la administración que dan lugar a pérdida de oportunidad.

Sobre la formulación y conceptualización de tales elementos se ocupan en nuestro medio algunos autores, entre los cuales Ruiz Orejuela, Chacón Pinzón y Obando Obando. A juicio del primero de estos autores esos elementos son tres, a saber: i) una falla o falta del servicio, ii) un daño y iii) una relación de causalidad entre los dos primeros (Ruiz, 2004, pág. 32). El segundo, por su parte, también expone tres elementos, coincidiendo con Ruiz en los dos últimos pero apartándose en cuanto a falla o falta en el servicio para optar por la culpa (Chacón, 2003, pág. 84). Y el citado Obando plantea la falla en el servicio como criterio para imputar responsabilidad médica estatal, según él bajo el siguiente planteamiento:

> … la responsabilidad médica del Estado son las consecuencias nocivas que se derivan de la mala prestación del servicio público de salud suministrado a los particulares; tales consecuencias se evidencian al momento en que el juez de lo contencioso administrativo compruebe que los daños padecidos por los pacientes o usuarios del sistema de salud son consecuencia de una acción u omisión estatal (Obando, 2016, pág. 51).

Dice también Obando, que solo debe hablarse de responsabilidad estatal por falla del servicio cuando éste ha funcionado mal, no ha funcionado, o lo ha hecho defectuosamente, con violación de las normas legales o los postulados de la *lex artis*, dando lugar a daños a los usuarios; lo cual,

según él, “supone que el factor de atribución de esta responsabilidad es subjetivo o por funcionamiento irregular o anormal del servicio” (Obando, 2016, pág. 53).

Dicho factor de atribución permite inferir que se trata de responsabilidad por obligación de medio, responsabilidad tal que el médico asume frente al paciente, no comprometiéndose a curarlo sino a desplegar sus conocimientos, diligencia y presteza en procura de obtener ese resultado deseable. Y lo es de este carácter puesto que difícilmente y aun tratándose de procedimientos de baja complejidad, el profesional encargado no puede en caso alguno comprometerse a obtener la curación o la recuperación total de un paciente, sobre todo teniendo en cuenta los riesgos y complicaciones que pueden sobrevenir y que escapan a su actuación y previsiones (Chacón, 2003, pág. 126). Pero algo sí es muy claro; esa obligación de medio debe manejarse con el mejor de los criterios, sin acciones ni omisiones por exceso o por defecto, a efectos de prevenir situaciones de pérdida de oportunidad en las cuales pudiera verse involucrado el profesional (e inclusive la entidad prestadora del servicio).

En eventos de este tipo aplican los factores eximentes de responsabilidad, acogidos por la mayor parte de la doctrina e igual por la jurisprudencia del Consejo de Estado, indicando como tales: fuerza mayor, caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima y el hecho de un tercero; factores que cuando se trata de responsabilidad médico-asistencial, no exoneran por igual respecto de obligación de medio o de resultado. En este sentido es pertinente el siguiente planteamiento:

> Según como se ubique el débito prestacional dentro de la actividad médica, como obligación de medio o de resultado, variará la forma de exoneración por parte del médico; inclusive, y según lo visto en la actividad médica compleja, deberá deslindarse el total de la actuación (como actividades principales o secundarias) para saber si las mismas consideradas individualmente son obligaciones de medio o de resultado.
>
> La causa extraña, es considerada como receptora del vínculo causal entre la conducta del agente y el daño sufrido por la víctima.
>
> Si la actividad médica es considerada como una obligación de medio, el médico se exonerará de toda culpa probando que actuó con toda la diligencia y cuidado que estaba a su alcance.
>
> En cambio, si la obligación es considerada como de resultado, el médico se podrá exonerar probando: a) fuerza mayor y caso fortuito, (…); b) culpa exclusiva de la víctima, cuando es la

> propia persona que causa el daño en su cuerpo o salud o se genera el perjuicio como tal; c) hecho de un tercero, cuando es una persona ajena a la relación médico- paciente quien ocasiona el daño (Ruiz, 2004, págs. 38-39).

1.3 TÍTULOS DE IMPUTACIÓN POR RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO-ASISTENCIAL

Sobre el régimen de responsabilidad aplicable en estos casos cabe anotar que en un primer momento de trámite jurisprudencial, para que sus pretensiones tuvieran éxito se exigía al actor dar cuenta en el proceso de los tres elementos mencionados; en otras palabras, la responsabilidad derivada de la prestación de servicios médicos se cimentaba en la falla probada del servicio.

Posteriormente el Consejo de Estado modificó su posición inicial, sobre todo a efectos de diferenciar entre dos situaciones concretas, a saber: a) daños producidos con ocasión de la prestación de servicios por las entidades hospitalarias y respecto de los cuales el régimen de responsabilidad aplicable era la falla probada, teniendo en cuenta factores como por ejemplo la atención y manipulación de pacientes, los procedimientos de enfermería, los exámenes de laboratorio; b) daños derivados del acto médico, inscritos en el régimen de falla presunta, correspondiendo en estos casos a la parte demandante demostrar el daño y el nexo de causalidad, y trasladando a la parte demandada la obligación de probar la ausencia de falla –si quisiera deshacerse de las pretensiones resarcitorias–, o demostrar la presencia de una circunstancia capaz de romper el nexo causal por medio de causa extraña, es decir, por fuerza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo de la víctima o hecho exclusivo de un tercero.

Tal variación jurisprudencial del alto organismo se apoyó en la consideración de que el acto médico entraña la aplicación de conocimientos científicos y técnicos a los cuales es ajena la parte demandante, razón suficiente para que los esfuerzos probatorios que pudiera hacer el interesado a fin demostrar la falla del servicio en no pocas ocasiones resultaran infructuosos. Surgió entonces el cambio de régimen, muy afín a los lineamientos previstos por la normativa civil en el sentido de que tratándose de eventos contractuales, el obligado a actuar con diligencia y cuidado es quien debe probar que su conducta no fue negligente.

La postura inicial del Consejo de Estado fue expuesta en Sentencia del 30 de julio de 1992, demanda contra el entonces Instituto de Seguros Sociales, expediente 6897, Consejero Ponente doctor Daniel Suárez Hernández. Enseguida se transcriben apartes pertinentes de dicho pronunciamiento:

> … Ahora bien, por norma general le corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal es el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales o institucionales entre otros, en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicas profesionales sobre las cuales se edifican los cargos que por imprudencia, negligencia o impericia formula en ejercicio de una determinada acción judicial, contra una institución encargada de brindar servicios médicos u hospitalarios.
>
> Sin duda, resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general, al resolver esta clase de conflictos, si en lugar de someter al paciente, normalmente el actor o a sus familiares, a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueren éstos, los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan.
>
> Podrán así los médicos exonerarse de responsabilidad y con ello los centros clínicos oficiales que sirven al paciente, mediante la comprobación, que para ellos, se repite, es más fácil y práctica, de haber actuado con la eficiencia, prudencia o idoneidad requeridas por las circunstancias propias al caso concreto, permitiéndole al juzgador un mejor conocimiento de las causas, procedimientos, técnicas y motivos que llevaron al profesional a asumir determinada conducta o tratamiento.

Sin embargo, debe anotarse que este régimen de la falla presunta que invierte la carga de la prueba, no se aplica con extrema rigidez, antes bien frente al mismo es necesario emplear también el principio de la carga dinámica de la prueba, en virtud del cual si es el demandante quien está en mejores condiciones de demostrar determinados hechos, será a él a quien corresponda acreditarlos y no a la entidad prestadora del servicio.

No obstante lo anterior, es importante tener en cuenta que el desarrollo de esta teoría de la falta o falla presunta en relación con la falla médica, ha sido en buena medida reconsiderada por la jurisprudencia nacional, para dar paso a la aplicación de otros conceptos orientadores del estado

actual de la temática, los cuales sintetiza del siguiente modo el Consejo de Estado en providencia del año 2006 (Sentencia 14.400, 2006):

> … el mismo ha sufrido varias modificaciones a lo largo de los años, puesto que inicialmente, se manejó con fundamento en el régimen de la falla probada tanto el daño proveniente del deficiente funcionamiento de los servicios médico asistenciales como el causado por actos médicos propiamente dichos, hasta que en 1992 la jurisprudencia de la Sala consideró que no podía dárseles el mismo tratamiento, teniendo en cuenta la complejidad que envolvía a los actos médicos y las dificultades que implicaba para los pacientes desde el punto de vista probatorio, el acreditar los daños causados con ellos. Por esta razón, mientras la responsabilidad por la atención hospitalaria y asistencial siguió rigiéndose por la falla probada del servicio, que exige acreditar los tres elementos constitutivos de la misma, cuando se tratara de establecer una responsabilidad médica, o sea aquella en la que interviene la actuación del profesional de la medicina en materias tales como diagnóstico, tratamiento, procedimientos quirúrgicos, etc. etc. en los que está en juego la aplicación de los conocimientos científicos y técnicos de la ciencia de la medicina, la jurisprudencia asumió la inversión de la carga de la prueba respecto del elemento "falla", presumiendo su existencia y radicando en cabeza del demandante únicamente la carga de probar el daño y su nexo con el servicio; acreditados estos dos elementos de la responsabilidad, le correspondía a la entidad demandada para exonerarse de la misma, la obligación de acreditar que su actuación fue oportuna, prudente, diligente, con pericia, es decir, que no hubo falla del servicio, o romper el nexo causal, mediante la acreditación de una causa extraña, como lo son la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho también exclusivo y determinante de un tercero; este fue el régimen conocido como de la falla del servicio presunta.
>
> En Sentencia del 10 de febrero de 2000, Expediente 11.878, la Sala consideró que la aplicación en términos tan definitivos del principio de las cargas probatorias dinámicas, tal y como se venía manejando por la jurisprudencia, podía conducir a desvirtuar su propio fundamento, porque existían casos en los cuales "...los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente..." no tenían implicaciones técnicas o científicas, estando el paciente en mejores condiciones para probarlos, por lo cual lo procedente era que él lo hiciera y no que también en estos casos se invirtiera la carga de la prueba, porque precisamente en eso era que consistía la mencionada teoría de las cargas probatorias dinámicas.
>
> Con relación al nexo causal entre el daño y la actividad de la Administración, también ha reiterado la Sala que el mismo debe aparecer debidamente acreditado puesto que el mismo no se presume, aunque en reconocimiento de la dificultad que surge en no pocas ocasiones para lograr tal prueba, por los elementos de carácter científico que pueden estar involucrados y que resultan de difícil comprensión y demostración por parte del interesado, se admite para ello "...que la demostración de la causalidad se realice de manera indiciaria, siempre que, dadas las circunstancias del caso, resulte muy difícil -si no imposible- para el demandante, la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar.

En síntesis, puede afirmarse que la responsabilidad por falla en la prestación del servicio médico-asistencial ha evolucionado a lo largo de los años, pasando por el régimen de falla probada del servicio, falla presunta del servicio, carga dinámica de la prueba, para luego en el año 2006, en virtud de Sentencia del 31 de agosto, situarse en la concepción actual cuyo régimen, como señala el alto Tribunal, se orienta por los postulados de la falla o culpa probada, atendiendo a factores como la complejidad de los temas médicos y la dificultad para las instituciones públicas en el ámbito probatorio, debido al tiempo que transcurre y la cantidad de casos que manejan; asimismo, admitiendo en algunas ocasiones como variable propia de la materia el principio de la carga dinámica en relación con el hecho (atendiendo a la disponibilidad de los medios de prueba), a la vez que permite demostrar la causalidad de manera indiciaria, cuando dadas las circunstancias del caso resulte muy difícil –si no imposible– para el demandante aportar la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación indemnizatoria.

Hasta aquí es también viable afirmar que hay claridad sobre la posición jurisprudencial relativa a factores de imputación al Estado por responsabilidad médico-asistencial. También la doctrina se ocupa del tema a través de planteamientos como los de Gil Botero, Ruíz Orejuela, Tamayo Jaramillo, y Chacón Pinzón, entre otros; desde esta perspectiva doctrinal se consideran los siguientes tres títulos de imputación: i) Falla del servicio, ii) Teoría de la falla presunta y iii) Carga dinámica de la prueba. Enseguida una breve conceptualización de cada uno.

i) Falla del servicio. Al respecto el doctrinante Chacón Pinzón indica que:

> … se configura por una prestación inadecuada, resultante del descuido, de tal manera que se presume la responsabilidad patrimonial de la institución hospitalaria, y tendrá que entrar a demostrar las razones que desencadenaron el accidente, que bien puede ser un caso fortuito, o fuerza mayor, o el accidente se produjo por el hecho de un tercero, o hubo culpa derivada de la impericia de quien atendió el parto, o se presentó un descuido de alguna de las personas que conforman el equipo médico (Chacón, 2003, pág. 90).

Obando Obando, a su turno, expone que “en primera medida se ha establecido que el criterio de imputación en el cual se tipifica la responsabilidad médica de la administración pública es la falla en el servicio, puesto que la salud ha de ser un derecho y una obligación del Estado que se materializa en la prestación de un servicio” (Obando, 2016, págs. 51-52).

ii) Teoría de la falla presunta. La describe Chacón como una modalidad de falla o falta del servicio entendida como el género, donde la falta presunta sería la especie; falla predicable solamente tratándose de servidores públicos y propia de todo acto médico oficial carente de profesionalismo; y en lo relativo al aspecto probatorio, la persona perjudicada se halla relevada de demostrar aquel primer elemento y como consecuencia, probar la existencia del perjuicio causado, en relación directa de causalidad con el uso de un instrumento peligroso del servicio oficial, y el Estado se exime de responsabilidad si demuestra que su agente obró con diligencia y cuidado, o bien, que el daño se produjo por fuerza mayor, por el hecho exclusivo de un tercero, o por el hecho de la propia víctima (Chacón, 2003, pág. 94).

Ruíz Orejuela formula en estos términos su respectivo criterio: "Así concebida la responsabilidad médica estatal, se le aplica la teoría de la falla presunta donde el actor solo debe acreditar que ha sufrido un perjuicio indemnizable y la existencia de una relación causal con el hecho causante del perjuicio. A la entidad demandada le queda la posibilidad de exonerarse de toda responsabilidad (Ruiz, 2004, pág. 94).

El doctrinante Gil Botero defiende la teoría de la falla presunta en la que debe primar el instrumento de prueba *res ipsa loquitur*, puesto que, según él, de este modo se facilita la carga probatoria brindando garantías en el respeto al debido proceso y en la defensa del demandado, al tiempo que el juez se verá impedido para sorprender a las partes imponiendo a una u otra la carga de la prueba, en aplicación del principio de la carga dinámica de la misma. En palabras del propio doctrinante: "… La teoría de la falla presunta se acomoda más a las exigencias probatorias imperantes en este tipo de procesos, como quiera que el demandante probará el daño antijurídico y la imputación fáctica, mientras que el demandado acreditará su actuar diligente y cuidadoso para romper la presunción judicial que recae en relación con el elemento falla…" (Gil Botero, 2010, pág. 474 y 475).

iii) Carga dinámica de la prueba. Expone Obando que el fundamento del sistema de esta modalidad son los principios constitucionales relativos a equidad e igualdad, estableciendo además que compete al juez valorar quién registra mejores condiciones para asumir dicha carga y

conforme al resultado de ese análisis delegar el deber probatorio en una de las partes (Obando, 2016, pág. 56).

Para el tratadista Tamayo Jaramillo, por su parte, "en virtud de la denominada teoría de la carga dinámica de las pruebas, al médico le queda más fácil demostrar que obró con diligencia y cuidado, que al paciente demostrar la culpa del médico" (Tamayo, 2017, pág. 81).

La Corte Suprema de Justicia, por su parte, en pronunciamiento de 2016 (Sentencia 2506, 2016) señalaba que en materia de responsabilidad médica el principio de carga de la prueba es de carácter dinámico; y al efecto, para resolver recurso de casación y habiendo estudiado la línea jurisprudencial sobre culpa médica en responsabilidad civil extracontractual, expuso que en procesos de este tipo se observa en forma recurrente la dificultad que afronta la víctima cuando pretende acreditar sus pretensiones. Por tanto, atendiendo a las tendencias internacionales y una interpretación del principio de carga de la prueba en sentido dinámico, la Sala reiteró que "… la parte que esté en mejores posibilidades de ofrecer al proceso la demostración de la verdad histórica que se investiga sea la que deba, en principio, y atendiendo las particularidades de cada caso, aportar esos medios de convicción".

1.4 MARCO NORMATIVO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICO-ASISTENCIAL EN COLOMBIA

Para incursionar en el tema de la responsabilidad extracontractual del Estado por prestación de servicios médico-asistenciales, se estima prioritario referenciar conceptos y definiciones que aporten bases para contextualizar y fortalecer la exposición. Desde este punto de vista, una primera definición apunta al derecho médico-asistencial, entendiéndose como tal la regulación jurídica de actos, procesos, condiciones y elementos que inciden, o pueden tener trascendencia en la protección del derecho a la vida y a la salud y otros derechos fundamentales, así sea por conexión, como también derechos sociales, culturales y económicos del ser humano, y frente a las condiciones de vida de otros seres vivos, relacionados con el objeto central temático, teniendo en cuenta especialmente sus variables de tipo social, ambiental y económico (Ruiz,

2004, pág. 1). Por su parte el Manual de Ética Médica, Ley 23 de 1981, en el numeral 1 de su artículo 1° define la medicina como

> … una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distingos de nacionalidad, ni de orden económico-social, racial, político y religioso. El respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes.

En su capítulo I la citada Ley establece que la medicina está destinada tanto a la curación y tratamiento de enfermedades como a la preservación y promoción de la salud, y que la profesión médica tiene función social en relación con la comunidad y con la justicia, ya sea como funcionario público o como perito.

El artículo 54 ibídem consagra que el médico está sometido a la ley colombiana y a las recomendaciones de la Asociación Médica Mundial, respecto de los siguientes temas:

> 1. Investigación biomédica en general
> 2. Investigación terapéutica en humanos; aplicación de nuevas tecnologías, tanto con fines de diagnósticos, tales como biopsias cerebrales, o bien con fines terapéuticos como es el caso de algunos tipos de cirugía cardio-vascular y psicocirugía y experimentación en siquiatría y sicología médica, y utilización de placebos.
> 3. Trasplante de órganos; organización y funcionamiento de bancos de órganos y tejidos, producción, utilización y procesamiento de sangre, plasma y otros tejidos.
> 4. Diagnóstico de la muerte y práctica de necropsias
> 5. Planificación familiar
> 6. Aborto
> 7. Inseminación Artificial
> 8. Esterilización humana y cambio de sexo
> 9. Los demás temas de que se ocupen las disposiciones legales vigentes sobre la materia o las recomendaciones de las Asambleas de la Asociación Médica Mundial.

El Parágrafo Primero ibíd., dispone que en caso de conflicto entre dichos principios o recomendaciones y las disposiciones colombianas legales vigentes, prevalecerá la legislación nacional.

Adicionalmente, debe tenerse presente que tanto los médicos como otros profesionales del área de la salud vinculados a Empresas Sociales del Estado y demás entidades de salud pública, en calidad de funcionarios públicos, no solo están obligados a acatar las normas que rigen su actividad, sino también sometidos al cumplimiento de todas las disposiciones legales aplicables a los servidores públicos en materia laboral, derechos de carrera, penal, administrativa y disciplinaria (Ruiz, 2004, pág. 4).

Ahora bien, el marco normativo de la responsabilidad médica deviene del mandato constitucional, concretamente de lo previsto en los artículos 11, 13, 15, 16, 18,25, 48 y 49, y tiene su fundamento básico en considerar la salud como derecho fundamental; condición tal que sugiere interpretar de modo sistemático e integrador el articulado, vinculando el contenido y alcance de los artículos 10, 11, 13 y su desarrollo en los artículos 48, 49, 50 y 366. Todo esto a la luz de postulados como el deber estatal de asegurar la prestación eficiente, oportuna, continua y equitativa del servicio médico-asistencial a todos los habitantes del territorio nacional, como actividad inherente a los fines del Estado y elemento fundamental para asegurar la convivencia. Comoquiera que el desarrollo legal de estas disposiciones de rango constitucional, no tiene el alcance social que la carta imprime, a través de la acción de tutela, se ha logrado la efectividad de los derechos involucrados (Chacón, 2003, pág. 38).

Cabe advertir que además de las citadas previsiones constitucionales sobre responsabilidad médica, el tema es también objeto de regulación legal contemplada, por ejemplo, en las siguientes normas:

- Ley 9 de 1979 “Por la cual se dictan medidas sanitarias”, cuyo título XII se ocupa de los deberes y derechos relativos a la salud; en sus artículos 594 a 606 esta Ley consagra los derechos y deberes de los pacientes en relación con su salud, entendida como bien de interés público a cuyas prestaciones tiene derecho todo habitante en Colombia.

- Ley 23 de 1981, antes mencionada, “Por la cual se dictan normas en materia de ética médica”, y su Decreto Reglamentario 338 del mismo año; dicha Ley fue posteriormente modificada por los Decretos 131 de 2010 y 19 de 2012, ambos vigentes.

- Resolución 13437 de 1991 por la cual se constituyen los Comités de Ética Hospitalaria y el Decálogo de Derechos del paciente; sus postulados básicos: propender por la humanización en la atención al paciente y garantizar el mejoramiento de la calidad en la prestación del servicio público de salud en las Instituciones Hospitalarias Públicas y Privadas, además de garantizar a todo paciente el ejercicio de los derechos previstos en este documento, sin restricción alguna por motivos de raza, sexo, edad, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen social, posición económica o condición social.

- Ley 100 de 1993 "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones". En su contenido reúne de manera coordinada un conjunto de entidades, normas y procedimientos a los cuales podrán tener acceso las personas y la comunidad con el fin principal de garantizar una calidad de vida acorde con la dignidad humana, haciendo parte del Sistema de Protección Social junto con políticas, normas y procedimientos de protección laboral y asistencia social.

- Decreto 1543 de 1997 "Por el cual se reglamenta el manejo de la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), el Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y las otras Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS). Destacable en el contexto de lo que viene exponiéndose, el contenido de sus artículos 8 y 9 que enseguida se transcriben:

> ARTÍCULO 8o. Obligación de la Atención. Ninguna persona que preste sus servicios en el área de la salud o institución de salud se podrá negar a prestar la atención que requiera una persona infectada por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) asintomática o enferma del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), según asignación de responsabilidades por niveles de atención, so pena de incurrir en una conducta sancionable de conformidad con las disposiciones legales; salvo las excepciones contempladas en la Ley 23 de 1981.
>
> ARTÍCULO 9o- Atención Integral de la Salud. La atención integral a las personas asintomáticas infectadas por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) y enfermas del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), de acuerdo con el criterio del equipo de salud y con sujeción a las normas técnico administrativas que expida el Ministerio de Salud, podrá ser de carácter ambulatorio, hospitalario, domiciliario o comunitario y tendrá su acción en las áreas de prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y readaptación. Esta incluirá los medicamentos requeridos para controlar la infección por el VIH y SIDA, que en el momento se consideren eficaces, para mejorar la calidad de vida de la persona infectada.

- Decreto 2309 de 2002, cuyo artículo 1 dice a la letra:

> Las disposiciones del presente Decreto se aplicarán a los Prestadores de Servicios de Salud, a las Entidades Promotoras de Salud, las Administradoras del Régimen Subsidiado, las Entidades Adaptadas, las Empresas de Medicina Prepagada y a las Entidades Departamentales, Distritales y Municipales de Salud.
>
> A los Prestadores de Servicios de Salud que operen exclusivamente en cualquiera de los regímenes de excepción contemplados en el Artículo 279 de la Ley 100 de 1.993, se les aplicarán de manera obligatoria las disposiciones del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud de que trata este Decreto.

- Resolución 4343 de 2012, o Ley de Deberes y Derechos de los Pacientes, regulatoria en la materia respecto de las acciones relativas a su atención en salud. Esta normativa aplica reglamentariamente sobre las acciones concernientes a la atención por parte de las instituciones prestadoras de servicios de salud con el fin de asegurar el derecho a un trato digno al paciente y un consentimiento informado que permita a los usuarios del Sistema General de Salud y Seguridad Social disponer de la documentación adecuada y suficiente para ejercer en determinado momento sus derechos.

- Resolución 825 del 09 de marzo de 2018, “Por medio de la cual se reglamenta el procedimiento para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad de los niños, niñas y adolescentes”.

Oportuno destacar que las disposiciones legales y normativas precedentes, los derechos, deberes y demás aspectos afines en ellas contemplados, en muy buena medida tienen su base conceptual en las recomendaciones de carácter internacional formuladas en documentos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, o por organismos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Asamblea Médica y el Primer Simposio Nacional sobre Derechos del Paciente; además, no sobra indicar que en Colombia, mediante la Ley 9 de 1979 se establecieron en principio los derechos y deberes de los pacientes en relación con su salud, lo cual ha sido objeto de afianzamiento y desarrollo normativo adicional en el transcurso de los años.

2. EL DAÑO ANTIJURÍDICO

El contenido de este capítulo ofrece una visión amplia y ponderada, desde las perspectivas doctrinal y jurisprudencial, en torno a dos temas concretos, a saber: primero, la noción de daño antijurídico en general atribuible al accionar del Estado por eventos de diverso tipo, dentro del marco general de la responsabilidad estatal, con el propósito de aportar claridad en torno al tema a partir del rastreo de información pertinente y debidamente sustentado; segundo las posiciones conceptuales respectivas, tanto de origen nacional como foráneo.

2.1 CONCEPTO DE DAÑO

2.1.1 Definición

El punto de partida para desarrollar este ítem lo es una breve reseña sobre la definición y características del daño en general adoptadas por la doctrina. Posteriormente se incursiona a fondo en el tema del daño antijurídico, considerado como presupuesto de responsabilidad y por tanto, como requisito indispensable para caracterizarlo como indemnizable.

En términos amplios y generales se entiende como daño todo menoscabo material o moral que sufre una persona, bien sea en sus bienes naturales, en su propiedad o en su patrimonio, causado a alguien en contravención a una norma jurídica, y por el cual ha de responder otra (Zeno Santiago, S.F.). Al respecto el profesor colombiano Jorge Cubides Camacho (2005) expone:

> Es hecho imputable dañoso…, todo hecho que, como consecuencia del dolo, de la culpa o del riesgo asumido por una persona, produce daño a otra...
>
> Es esencial que se cause daño, hasta el punto de poderse afirmar que si no hay daño no se origina obligación alguna; y tal hecho dañoso debe ser atribuible o achacable a una persona capaz de

> responder (imputabilidad). Hay responsabilidad cuando una persona se halla obligada a reparar un daño que ha causado por su dolo, por su culpa o por el riesgo que ha asumido, es decir, cuando tal daño le es imputable. …

A efectos de precisar conceptos y aportar claridad, se considera oportuno establecer aquí la diferencia entre daño y hecho dañoso, nociones que en determinado momento parecieran tener igual significado. Así las cosas, se da por sentado que doctrinal y jurisprudencialmente el daño ofrece múltiples definiciones y connotaciones en general coincidentes por su contenido; además, que reviste especial significado en el ámbito de la responsabilidad civil, como elemento constitutivo de la misma, al punto de que en ausencia de daño no se configura responsabilidad alguna. El hecho dañoso, por su parte, según el profesor Cubides Camacho (Obligaciones, 2005, pág. 285), puede definirse como hecho jurídico que es fuente no voluntaria de obligaciones; en este contexto, afirma el autor, "… se distinguen dos especies: el ilícito civil (hecho imputable dañoso) y el hecho con virtualidad para obligar. El hecho imputable dañoso o ilícito civil es todo hecho que como consecuencia del dolo, de la culpa o del riego asumido por una persona, produce daño a otra. En esta fuente se incluye el delito, en cuanto puede generar la obligación de reparar el daño causado. …". Dicho de otro modo, se tiene como hecho imputable dañoso la actuación de una persona (hecho humano) que produce un daño susceptible de indemnización porque ese hecho violó la obligación genérica de no causar daño a nadie.

En síntesis, el daño antijurídico lesiona patrimonial y/o extrapatrimonialmente un bien o interés jurídico, lesión que el afectado no tenía el deber jurídico de soportar. El hecho dañoso, a su turno, es la conducta del agente, directamente asociada a la causalidad en sentido físico, que responde a la relación evidente entre una conducta y el resultado que esta última origina, es decir, el hecho dañoso resultante de tal conducta; o lo que es lo mismo: dicha conducta es la causante del daño padecido por la víctima.

Vale destacar también una significativa precisión antes de dar continuidad a la exposición, en el sentido de que atendiendo a consideraciones de la Corte Constitucional en la Sentencia C-333 de 1996, Consejero Ponente doctor Alejandro Martínez Caballero:

> … El daño antijurídico no tiene una definición constitucional expresa, por lo cual es un concepto constitucional parcialmente indeterminado, cuyos alcances pueden ser desarrollados, dentro de ciertos límites, por el Legislador. Sin embargo una interpretación sistemática de la Carta y de los antecedentes de la norma permite determinar los elementos centrales de este concepto.

Y sobre el mismo tema oportuno es reseñar dos planteamientos del Consejo de Estado, seleccionados a manera de ejemplo no taxativo. En primer término, se trata de apartes contenidos en fallo de 2005 (Sentencia No. 14731), donde aludiendo a generalidades y características del daño antijurídico el alto organismo se pronunció del siguiente modo:

> … A pesar de que el artículo 90 de la Constitución es claro en señalar que el Estado 'responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables', lo cierto es que en nuestro ordenamiento jurídico no existe definición normativa del concepto de daño antijurídico. Por ello, la jurisprudencia nacional, siguiendo algunos parámetros de la doctrina extranjera, dada la similitud de los artículos 106 de la Constitución Española y 90 de la Constitución Colombiana, ha definido el daño antijurídico como 'la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho', o también se ha entendido como el daño que se produce a una persona a pesar de que 'el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación. …

En el mismo orden de ideas, un segundo fallo representativo lo es el 20097 del 26 de mayo de 2011, Consejero Ponente doctor Hernán Andrade Rincón; el fallo reitera jurisprudencia precedente (Sentencia No. 6454, 1991) (Sentencia No. 16460, 2007) y sobre el tema en comento expone:

> … El concepto del daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples Sentencias desde 1991 hasta épocas más recientes, como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo.

En el ámbito específico del daño antijurídico, a efectos de definir éste se estiman pertinentes los planteamientos doctrinales y jurisprudenciales que enseguida se exponen:

- Desde la perspectiva doctrinal el daño ha sido definido como quebrantamiento a un interés legítimo (Gil B., pág. 78), alteración o modificación de una situación favorable (De

Cupis, pág. 84); menoscabo de las facultades jurídicas en cabeza de una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extrapatrimonial (Tamayo J., pág. 326), disminución patrimonial sufrida por la víctima (Henao J. C., 2007, pág. 84); aquél que la víctima no está llamada a soportar porque no tiene fundamento en una norma jurídica, o lo que es lo mismo, aquel que se ocasiona a pesar de no existir una ley que justifique o imponga la obligación de soportarlo. La situación dañosa bien puede calificarse como quizá el elemento más determinante de la responsabilidad civil, puesto que aún en presencia del hecho, la culpa y el nexo de causalidad en determinado evento, si el daño no aparece claro tampoco se configura la obligación indemnizatoria Adicionalmente, para ser resarcible el daño reviste ciertas características o requisitos que permiten identificarlo como tal, entre las cuales ser cierto, personal y directo –por mencionar solo unas cuantas y sin omitir la existencia de otras más adicionales y/o conexas–.

- Se tiene por daño antijurídico la afectación, menoscabo, lesión o perturbación a la esfera personal [carga anormal para el ejercicio de un derecho o de alguna de las libertades cuando se trata de persona natural], a la esfera de actividad de una persona jurídica [carga anormal para el ejercicio de ciertas libertades], o a la esfera patrimonial [bienes e intereses], que no resulta soportable por quien lo padece, bien porque no es razonable, o bien porque no involucra la afirmación de interés general alguno. Dicho de otro modo, es daño antijurídico aquél que la persona no está llamada a soportar puesto que no tiene como fundamento una norma jurídica, o lo que es lo mismo, es aquel que se irroga a pesar de no existir una ley que justifique o imponga la obligación de soportarlo (Consejo de Estado, Sentencia 25706, 2017).

- El concepto precedente sobre daño antijurídico fue desarrollado principalmente por la doctrina española y, anota el doctrinante español Tomás Ramón Fernández, fue resultado de la audacia de un grupo de jóvenes administrativistas: los profesores Garrido Falla, González Pérez y García de Enterría, “quienes para entonces empezaban su carrera académica en el seno de la sección de Administración Pública del Instituto de Estudios Políticos …” (Fernández, 1988, pág. 97).

- En este contexto se afirma que es daño antijurídico cuando hay lugar a detrimento patrimonial sin título jurídico válido y que exceda el conjunto de las cargas que normalmente

debe soportar el individuo en su vida social. En definitiva, que se configura el daño antijurídico, cuando la producción del mismo no se ampara en título jurídico válido alguno, es decir; cuando la administración no está legitimada para causarlo y por tanto el administrado no está obligado a soportarlo. Para precisar y aclarar el concepto de daño antijurídico, T. R. Fernández señala que se requiere establecer cuándo al administrado sí le asiste la obligación de soportar el daño causado por la administración. Al respecto la Magister Catalina Irisarri Boada (2000) retoma lo expuesto por el colombiano Martín Bermúdez (1998, págs. 109-110), para quien son dos los eventos en los cuales la víctima está obligada a soportar el daño, así: el primero, por una causa que obligue al perjudicado a recibir el daño, precisando que la causa única para restar antijuridicidad al daño no es la ley, toda vez que existen otras causas justificativas del mismo, entre éstas la legítima defensa, el consentimiento de la víctima o aquellos casos en los que la afectación no recae sobre un interés legítimamente protegido; y segundo evento, cuando dicho daño no excede las cargas comunes propias de la vida en sociedad. En este último punto coincido con la doctora Irisarri, en el sentido de que "las cargas comunes que implica la intervención del Estado en la vida social y que todos los administrados por igual deben soportar, vienen a ser una manifestación del principio de igualdad frente a las cargas públicas…"; principio tal que en caso de ser violado da lugar a daño antijurídico derivado del equilibrio roto cuando los ciudadanos no estén soportando cargas iguales por el hecho de vivir en sociedad.

- Una característica destacable consiste en que el daño es elemento de especial relevancia inscrito en el marco teórico general de la responsabilidad civil, manifestada ésta cuando se ocasiona daño en la persona y/o propiedad de otro, bien sea por violación, trasgresión o desconocimiento de obligación preexistente, por la ejecución de un acto ilícito, y en definitiva porque así lo prescribe la ley (Cfr. Art. 2341 C.C.) [1]. En tales eventos y básicamente por ausencia de una dogmática jurídica propia, la responsabilidad se materializa mediante una acción de reparación de contenido moral o patrimonial en favor del afectado por el evento dañoso. Cabe aquí enfatizar en que hasta ahora no hay consenso doctrinal en el medio que permita calificar el patrimonio como concepto que responda a una idea jurídica, puesto que en no pocos casos los estudiosos estiman que responde a un contenido político de la Constitución, e inclusive a la

[1] El art. 2341 del Código Civil dice a la letra: "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido".

adecuación y participación activa de la ley para favorecer la satisfacción del carácter social del Estado.

Precisamente en el contexto de daño y responsabilidad civil se estiman pertinentes los planteamientos del colombiano Martínez Rave, quien refiriéndose a la responsabilidad en general la define como "la obligación de asumir las consecuencias de un acto o hecho… es un concepto consecuencial, es decir, relacionado con una situación anterior. Se asumen las consecuencias de un hecho, un acto, un proceder, una conducta…" (Martínez Rave, 1995, pág. 165), exponiendo adicionalmente que dicha responsabilidad nace para quien ha causado un daño en el patrimonio de otro con quien no le une vínculo contractual legal alguno; es decir, nace para quien simplemente ocasiona daño a un tercero sin que haya relación jurídica previa entre ambos.

Adicionalmente, según el autor, tratándose de la responsabilidad civil extracontractual es más complicado definir el daño puesto que corresponde a un concepto netamente jurídico que debe incluir los diversos elementos que permitan caracterizarlo como tal, haciendo hincapié en que conlleva "la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales de un hecho dañoso" (Op.Cit., pág. 43) que lesiona negativamente el patrimonio del afectado menoscabándolo y/o deteriorándolo; no importa si se trata en tal caso de un interés protegido normativamente como derecho real o subjetivo, puesto que no por ello pierde su categoría de interés, de modo que desde el punto de vista jurídico se genera daño siempre y cuando hubiere desconocimiento, violación o detrimento frente a tal interés, que siempre habrá de ser lícito, legal, legítimo y nunca contra derecho. No sobra destacar que hay daño cuando se lesiona un interés legítimo referido a algo concreto, por ejemplo a un bien que se destruye, deteriora o modifica; la condición de legitimidad del interés lesionado es suficiente para que se establezca el daño, aún si dicho interés no se ha reconocido como derecho real o subjetivo (Op.Cit., págs. 181-183).

Al tenor de conceptualizaciones como las expuestas se configura la responsabilidad civil patrimonial, que es tanto un hecho real como una garantía para el perjudicado. Se entiende como tal "la obligación de responder ante la justicia por un daño, y de reparar sus consecuencias indemnizando a la víctima. Su objetivo principal es la reparación, que consiste en restablecer el equilibrio que había sido roto, por el autor del daño, entre su patrimonio y el de la víctima" (Le

Torneau, pág. 22). Lo anterior permite inferir que más allá de su propósito –consistente en dejar indemne al perjudicado–, la responsabilidad no es otra cosa que la obligación de indemnizar por los daños culposamente causados a un tercero; y representa una relación entre individuos, donde como respuesta adecuada se establece un deber para el causante el daño, perjuicio o detrimento, quien por tal razón "tiene que indemnizar a la víctima. La responsabilidad enfrenta a una pareja con intereses opuestos: víctima y victimario; dañado y dañador; a quien padece el perjuicio y a quien es agente del mismo" (Mosset Iturraspe, pág. 21).

En definitiva, se dijo antes que el daño es fundamento objetivo de la responsabilidad. Tratándose de responsabilidad patrimonial, no cabe duda sobre el carácter indemnizatorio de la misma, criterio éste planteado por doctrinantes nacionales y extranjeros. Todo ello como consecuencia directa de haberse causado "un daño o perjuicio" (Mazeaud & Tunc, pág. 22) que da lugar a la formalización de una víctima representada en la persona que sufre las secuelas del mismo, y de un victimario generador de tal daño y obligado a su reparación y/o indemnización (Cfr. Aristizábal, 2010, págs. 175-201).

Un planteamiento de especial interés por indicar en torno al tema alude a que según expone el Consejo de Estado –(Sentencia 53704, 2016)–, la jurisprudencia constitucional considera que el daño antijurídico tiene cabida y vigencia en el marco de principios como la solidaridad (art. 1) y la igualdad (art. 13) consagrados por el mandato superior, así como en la garantía integral a cargo del Estado de velar por el patrimonio de los ciudadanos (arts. 2 y 58).

Desde otra perspectiva, en todo caso coincidente con la doctrina y la jurisprudencia, el daño antijurídico tiene su fundamento en el artículo 90 de la Carta Política, que consagra el régimen de responsabilidad estatal estableciendo que el Estado es responsable y responderá patrimonialmente, solo por los daños antijurídicos que le sean imputables y que hayan sido causados por acción u omisión de las autoridades públicas [2].

[2] El artículo 90 superior dice a la letra: "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.
En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste".

Ahora bien, se reitera el criterio jurisprudencial del Consejo de Estado en el sentido de que el daño antijurídico es aquel que la víctima no está jurídicamente obligada a soportar, por ausencia de causal alguna justificatoria del mismo de parte de la administración, razón por la cual genera una lesión patrimonial injusta que da lugar a responsabilidad patrimonial en cabeza de la administración y a la indemnización de los perjuicios que por su acción u omisión el Estado haya causado a los particulares; a partir de allí, y desde la perspectiva de dicho artículo 90, tanto la jurisprudencia como la doctrina [3] se han ocupado de señalar la existencia de un régimen de responsabilidad estatal basado en el daño antijurídico, en contraposición a las tesis tradicionales que adoptaban como régimen general la teoría de la falla o falta del servicio (Cit. por Rojas, 2013).

En consonancia con jurisprudencia reciente del Consejo de Estado (Sentencia 32912, 2015), a su vez reiterativa de pronunciamientos previos, los presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado devienen de la Carta Política de 1991 mediante la cual se produjo la "constitucionalización" de dicha responsabilidad, erigiéndola como garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación e interés; garantía tal que "… no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas [para] que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente" (Corte Constitucional, Sentencia C-832 de 2001). Se reivindica así el planteamiento doctrinal según el cual la "acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el

[3] "La directriz del sistema de responsabilidad patrimonial la constituye en la actualidad el daño, así lo predican la jurisprudencia, la doctrina y lo impone la ley (Art. 90 C.N.), en nuestro medio. Más aún, la doctrina ante el presente panorama demanda de la jurisprudencia y de la ley esfuerzos que propendan a la unificación de la responsabilidad patrimonial, lo cual implicaría una concepción unitaria del fenómeno resarcitorio, toda vez que las diferencias o el empleo de dualismos no descansan sobre una base ontológica, sino de reglamentación, ante el presupuesto lógico de que a un mismo daño debe corresponder una misma indemnización independiente del hecho desencadenante, sea éste una violación del deber jurídico de no dañar derivado de un acto o hecho lícito o ilícito; o bien, de un quebrantamiento obligacional, provenga de ley o del contrato; trátese de asuntos de derecho público o privado. En el horizonte apuntan los cambios hacia el reconocimiento indubitable de la responsabilidad por los actos lícitos, o conductas regulares causantes de daños injustos; que el daño tenga su origen en un acto o hecho ilícito, es suficiente pero no siempre es necesario para la reparación, pues ésta puede tener fundamento en daños causados habiéndose obrado conforme a derecho". Gil Botero, E. Op. Cit., p. 64.

equilibrio roto en detrimento de ellos" (Rivero, 1984, pág. 293). Adicionalmente, atendiendo a la citada Sentencia 32912 de 2015, lo hasta aquí dicho coincide también con la posición doctrinal que caracteriza la responsabilidad de la administración como garantía para los ciudadanos pero no potestad que les asiste de hecho, máxime si se tiene en cuenta que los daños indemnizables por dicha instancia no los causan deliberadamente ella ni sus agentes.

Ahora bien, precisamente la conformación de dicha responsabilidad estatal conlleva unos requisitos, que a su vez constituyen características objetivas del daño. Al respecto son oportunas las siguientes precisiones:

Desde la tesis clásica o teoría tradicional de la responsabilidad se consideraban los siguientes elementos:

a) La presencia de un daño antijurídico,
b) La existencia de causalidad material, esto es, que el daño sea efecto inmediato de acción u omisión por parte de la administración, requiriéndose además un criterio que permita imputar a aquella la responsabilidad extracontractual; y
c) La atribución jurídica del daño al Estado, es decir, que el daño le sea imputable en virtud de un nexo causal con el servicio, entendiéndose este nexo de causalidad como el requerido vínculo fáctico entre la acción humana generadora del daño y el daño como tal; este factor lo establece en su momento el juzgador, teniendo como referentes lo allegado y debidamente probado y el principio según el cual corresponde a las partes aportar y probar los hechos, y al juez otorgar el derecho.

Los mencionados elementos fueron revaluados jurisprudencial y doctrinalmente, toda vez que se mostraban contrarios a lo consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política sobre responsabilidad estatal; en consecuencia, a partir de este precepto superior se estableció una nueva tesis incluyendo además de la causalidad material dos requisitos básicos para conformar y aplicar dicha responsabilidad, a saber:

a) La presencia de un daño antijurídico [4] y,
b) La imputación.

2.1.2 Conceptualización de los requisitos antes enunciados

Se dijo ya que los citados requisitos son condición imprescindible para conformar la responsabilidad extracontractual estatal. El contenido conceptual de los mismos se desglosa en estos términos:

2.1.2.1 Presencia del daño antijurídico. Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 90 superior, el daño antijurídico es el principal elemento sobre el cual se estructura la responsabilidad patrimonial de la administración pública. Se trata de una entidad jurídica que para su configuración requiere de dos ingredientes, a saber: el primero es material o sustancial, representativo de su núcleo interior y consistente en el hecho o fenómeno físico o material (por ejemplo la desaparición de una persona, la muerte, la lesión, etc.); el segundo ingrediente es formal, proveniente de la norma jurídica, en este caso la citada disposición constitucional.

Se tiene por demás claro que sobre la existencia del daño debe haber certeza plena, es decir, que éste debe poder apreciarse material y jurídicamente, que no puede limitarse a una mera conjetura, hipótesis o eventualidad, y que debe suponer lesión a un derecho, bien o interés legítimo protegido por el ordenamiento jurídico.

2.1.2.2 Causalidad material. La indemnización de perjuicios a cargo del Estado sugiere que además de ser antijurídico el daño, la causa del mismo obedezca a acción u omisión de la administración, habiéndose producido el hecho como consecuencia de su conducta o en ejercicio de su actividad, o habiéndose producido por omisión o ausencia en el cumplimiento de funciones. De este modo se configura, por exceso o por defecto, la causalidad material –relación

[4] "El daño es, entonces, el primer elemento de la responsabilidad, y de no estar presente torna inoficioso el estudio de la misma, por más que exista una falla del servicio. La razón de ser de esta lógica es simple: si una persona no ha sido dañada no tiene porqué ser favorecida con una condena que no correspondería sino que iría a enriquecerla sin justa causa. El daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil". Henao, J. C. (1998). Op. Cit., pp. 36-37.

causa/efecto entre el daño y la acción u omisión de la autoridad pública causante del mismo– o *imputatio facti*, así denominada tanto por el Consejo de Estado (Sentencia No. 6454, 1991) como por la Corte Constitucional (Sentencia C-333, 1993) . Oportuno hacer aquí hincapié en la diferencia entre *imputatio facti*, caracterizada como ya se indicó, y la *imputatio juris* o imputación, relativa a la atribución jurídica del daño al Estado y además elemento requerido para lograr que la administración indemnice a la víctima como respuesta por el daño causado en virtud de su acción u omisión.

No obstante lo anterior, como se indicó en párrafo precedente, este elemento fue revaluado y omitido por la doctrina (Santofimio G., 2017, pág. 772 y ss.), e igualmente por parte del Consejo de Estado en su jurisprudencia inclusive reciente (Sentencia 29337, 2014), teniendo en cuenta que en materia del llamado nexo causal,

> … éste constituye un concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño, otra cosa diferente es que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, *prima facie*, un estudio en términos de atribuibilidad material (*imputatio facti* u objetiva), a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar –acción u omisión–, que podría interpretarse como causalidad material, pero que no lo es jurídicamente hablando porque pertenece al concepto o posibilidad de referir un acto a la conducta humana, que es lo que se conoce como imputación. (Santofimio G., 2017, pág. 772 y ss.).

Si la ciencia jurídica parte del supuesto de atribuir o endilgar las consecuencias jurídicas de un resultado (sanción - responsabilidad), previa constatación de que una trasgresión contraviene una específica proposición normativa, es evidente que el nexo causal por sí mismo deviene en insuficiente para solucionar el problema de la atribución de resultados, tal y como desde hace varios años se viene demostrando por el derecho penal, lo que ha llevado a que se deseche el principio de causalidad a efectos de imputar un hecho, para dar aplicación a una serie de instrumentos e ingredientes normativos (por ejemplo el incremento del riesgo permitido, la posición de garante, el principio de confianza, la prohibición de regreso, por citar solo algunos), dirigidos a establecer cuándo un determinado resultado es imputable o no a un sujeto. Lo anterior, como quiera que es posible que un determinado suceso tenga origen material en una específica conducta (causa material), pero las consecuencias del mismo sean atribuidas a un

tercero (por ejemplo la responsabilidad por el hecho de las cosas, o por el hecho de otro; la posición de garante) (Sentencia 14215, 2002).

2.1.2.3 Imputación. Atribución jurídica del daño a la administración pública, directamente relacionada con aquello que la jurisprudencia denominó en su momento "nexo con el servicio" o "nexo causal". Actualmente y desde el punto de vista formal la imputación responde a la pregunta ¿A quién debe atribuirse el resultado? La respuesta sugiere la necesidad de establecer en cabeza de un determinado sujeto una atribución fáctica y una jurídica frente a un resultado, partiendo del hecho de la sanción originada en el incumplimiento a un precepto normativo de conducta, es decir, del incumplimiento al deber-ser. Así las cosas, queda claro que la imputación aplica en dos modalidades: a) imputación fáctica, b) imputación jurídica.

La primera o imputación objetiva, entendida como imputación del daño al Estado, no porque lo haya producido causalmente sino porque está llamado a soportar las consecuencias del mismo, esto es, que la lesión o afectación antijurídica radica en cabeza de la entidad o del sujeto pasivo de la relación.

La denominada imputación jurídica (*imputatio iure* o subjetiva), por su parte, supone establecer el fundamento normativo o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación[5] correspondientes a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida en el ordenamiento nacional –como lo ha dicho reiteradas veces la jurisprudencia– al tenor del artículo 90 de la Constitución Política.

Por lo demás, retomando planteamientos expuestos en fallo antes citado del año 2015 (Sentencia 32912, 2015), no sobra aquí hacer hincapié en que la falla del servicio, principal criterio de imputación para establecer responsabilidad estatal, se apoya en reconocer la existencia de mandatos a cargo del Estado, tanto de abstención –deberes negativos (por omisión)– lo mismo que mandatos de acción –deberes positivos–; pero no es lo único, puesto que para generarse responsabilidad con base en tales mandatos deben acreditarse, por ejemplo, factores como los

[5] Títulos de imputación: 1. Falla en el servicio, 2. Riesgo excepcional y 3. Daño especial.

siguientes: "… i) el incumplimiento o deficiente cumplimiento de deberes normativos, ii) la omisión o inactividad de la administración pública, o iii) el desconocimiento de la posición de garante institucional que pueda asumir la administración" (Sentencia 32912, 2015) .

Como antes se dijo, el régimen de responsabilidad objetiva excluye la culpa como factor para su determinación y donde el demandante sólo tiene que probar la existencia del daño y su nexo causal con el hecho de la administración, sin que baste al Estado probar que obró con diligencia y cuidado, puesto que ello resulta insuficiente, sólo se podrá exonerar de responsabilidad demostrando la ocurrencia de una causa extraña. En reiteradas oportunidades la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha ocupado del tema de la imputación en materia de responsabilidad objetiva y ha desarrollado una línea a través de sus pronunciamientos (Rivas, S.f.). A continuación se presentan a manera de ejemplo ilustrativo, apartes pertinentes de algunos de tales pronunciamientos que se consideran representativos:

- Sentencia 7742 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 1993).

> La fundamentación de la responsabilidad […] se venía manejando con fundamento en el riesgo especial o excepcional; y hoy puede con mayor facilidad apoyarse en el mandato contenido en el Art. 90 de la nueva Carta Constitucional. El daño es antijurídico no solo cuando la administración que lo causa actúa irregularmente sino cuando esa conducta lesiva esté ajustada al ordenamiento. Cuando se afirma que el daño se produjo sin falta o falla de la administración, pero el que lo sufre no tenía por qué soportarlo, el acreedor deberá demostrar el daño y el porqué, pese a ser legal la actuación de la administración, no tenía por qué sufrirlo.

- Sentencia 10024 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 1997):

> (…) reflexiones similares a las realizadas para justificar la teoría de la responsabilidad por el riesgo excepcional permiten afirmar, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, que el régimen aplicable en caso de daño causado mediante actividades o cosas que exponen a los administrados a un riesgo grave y anormal, sigue siendo de carácter objetivo. En efecto, basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella. Es ésta la razón por la cual la Corporación ha seguido refiriéndose al régimen de responsabilidad del Estado fundada en el riesgo excepcional…

- Sentencia 11222 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 2001)

> […] en los eventos en los que el daño es producido por las cosas o actividades peligrosas (armas de dotación oficial, vehículos automotores, conducción de energía eléctrica, etc.) el régimen aplicable es de carácter objetivo, porque el factor de imputación es el riesgo grave y anormal a que el Estado expone a los administrados. De tal manera que, basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella. […] en dichos eventos (daños producidos por las cosas o actividades peligrosas), al actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración, realizado en el desarrollo de la actividad riesgosa.

- Sentencia 15187 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 2006):

Sobre la configuración del riesgo este pronunciamiento jurisprudencial expone las siguientes precisiones: a) Debe haberse creado un riesgo de naturaleza excepcional; b) Se requiere que tal riesgo excepcional creado finalmente se realice, factor imprescindible para que haya daño antijurídico y con base en ello poder reclamar una indemnización; c) El riesgo excepcional creado y realizado debe haber sido impuesto de manera perfectamente legal, ya que "la responsabilidad extracontractual derivada de la aplicación del título jurídico de imputación –riesgo excepcional– es una forma de "responsabilidad sin falta", aun cuando la administración haya actuado de modo perfectamente legal, de todas formas debe responder por los daños antijurídicos que con su impoluto actuar haya causado". Se transcribe enseguida el aparte oportuno de la Sentencia en comento:

> Los elementos mencionados anteriormente […] corresponden a los necesarios para que se configure cualquier régimen de responsabilidad extracontractual, sin embargo para el caso concreto del régimen excepcional se puede hablar de tres elementos, (i) que se haya creado un riesgo de naturaleza excepcional, (ii) que el riesgo excepcional creado finalmente se realice y, (iii) que el riesgo de naturaleza excepcional que se ha creado y posteriormente realizado haya sido impuesto de modo perfectamente legal.

Por otra parte, en lo relativo a conceptualización de la imputabilidad el alto Tribunal expone básicamente dos planteamientos, a saber:

a) es requisito consistente en determinar las condiciones mínimas necesarias para que un hecho pueda atribuirse a alguien como responsable del mismo y para que ese alguien soporte las

consecuencias de su accionar; por tanto, el elemento necesario para la imputación del daño es la existencia de nexo causal entre la actividad (lícita o no) o la omisión por parte de la autoridad pública (art. 90 superior), y el daño antijurídico que se reclama.

b) es el elemento de la responsabilidad que permite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto determinado. En la responsabilidad del Estado la imputación no se identifica con la causalidad material, ya que la atribución de responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos. La acción de imputar no es otra cosa que atribuir al Estado el daño padecido por la víctima, a efecto de que se declare *sine qua non* la responsabilidad patrimonial de aquél, teniendo en cuenta que la causa del daño debe provenir de acción u omisión de las autoridades públicas en despliegue del servicio público o en nexo con él, excluyendo la conducta del servidor público que sin conexión con el servicio causa un daño.

En este orden de ideas tiene aquí cabida reseñar lo expuesto por el colombiano Gonzalo Pérez Medina (Pérez M., 2015, págs. 27-46) sobre la causalidad como factor de imputación. Una primera afirmación del autor alude a que la causalidad no puede ser jurídica ya que ésta y la imputación conllevan principios excluyentes y contrarios entre sí; de modo que –retomando a R. Dworkin (Cit. por Pérez M., 2015, pág. 33)– cuando se trata de responsabilidad de la administración la confianza en el nexo causal no sería más que una cábala apoyada en otorgar aparente "realismo" a planteamientos puramente teóricos y de argumentación. Por otra parte, dice el autor, el propósito no es identificar el causante o la causa de un hecho, sino sobre quién recae la responsabilidad del mismo. Precisamente surge de ahí la imputación, sin la cual no habría responsabilidad puesto que aquélla es presupuesto inexcusable de ésta: solo cuando un hecho aparece como propio hace que surja responsabilidad. Cabe preguntarse: ¿qué es hecho propio? Para definirlo, Pérez Medina cita a Karl Larenz (en 1927 planteó por vez primera la teoría de la imputación objetiva), para quien hecho propio es la "realización de la voluntad del sujeto", es la acción y sus consecuencias "en cuanto es posible abarcarlas por la voluntad"; así, el juicio de imputación objetiva es teleológico, es decir, "busca reconducir el hecho acaecido a la voluntad personal", teniendo además presente que la relación hecho-voluntad "existe cuando el suceso es previsible y dominable". Y en definitiva todo lo anterior tiene validez práctica a efectos de establecer cuándo un determinado resultado es imputable a un sujeto.

Dice también Pérez Medina que en consonancia con jurisprudencia del Consejo de Estado, pueden inferirse los siguientes planteamientos sobre el tema (Pérez M., Op.Cit., pág. 37), que a su vez aportan claridad en lo que respecta a imputación objetiva –aplicable ésta en eventos de responsabilidad extracontractual del Estado–:

- La causalidad se relaciona con el daño en sentido óntico (del ser) pero no con su imputación o atribución (deber-ser)
- El daño es un fenómeno objetivo generado por un cambio en el mundo externo; es una acción concreta cuya producción deviene del principio causal
- Habiéndose constatado materialmente el daño, el operador jurídico (juez) lo atribuye con base en un juicio filosófico de tipo prospectivo y ajeno a las ciencias naturales
- La imputación fáctica no está vinculada a un proceso causal sino a identificar el autor jurídico del daño a partir de la teoría de imputación objetiva y sus elementos configuradores.

2.1.3 Características configurativas del daño

Se reitera que el artículo 90 superior consagró el concepto de daño antijurídico como fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado. Al respecto algunos estudiosos opinaron –y lo hacen también hoy– que no se dio nada nuevo en la materia ya que continúan aplicándose los regímenes anteriores, es decir: a) falla probada en el servicio (regla general y principal criterio de responsabilidad en el ordenamiento jurídico colombiano), b) falla presunta en el servicio (modalidad intermedia, según la cual se presume la actuación irregular de la administración, es decir, se releva al particular de demostrar el funcionamiento anormal del servicio y en estas circunstancias, se considera que la entidad pública ha vulnerado principios de buen servicio público; la actividad médica es el campo de aplicación de dicha clase imputación, que aún hoy tiene validez; esto último desde la perspectiva de que en estos casos el afectado es quien goza de la mejor posición para probar toda vez que en estos casos se sitúan a un mismo nivel su posición y la de la administración en eventos de responsabilidad médica; así las cosas, al particular se le exonera de probar el funcionamiento irregular del servicio, sino que se presume dicha irregularidad al tenor de que a la administración le asiste mejor capacidad probatoria; no

obstante, la exoneración de probar no es absoluta, puesto que el particular está obligado a demostrar la actuación de la entidad estatal, el daño y el nexo de causalidad (Gil Botero, 2010, pág. 448), y c) los regímenes objetivos (no condicionados a la falla del servicio); "… y que siendo el daño antijurídico el género, los anteriores regímenes son especies del mismo" (Rodríguez J. L., 2014). Otros señalan que el citado artículo superior consagró la llamada responsabilidad objetiva omitiendo la importancia de la culpa, "y que la jurisprudencia actual del Consejo de Estado presenta una tendencia a objetivar la responsabilidad del Estado, aunque todavía se habla de los sistemas donde se presenta una falla del servicio probada o presunta" (Rodríguez, J. L. Íbid.).

A su vez, en cuanto a responsabilidad objetiva, cabe afirmar –y así lo señala el tratadista Santofimio Gamboa (2017, pág. 772 y ss.)– que tanto esta modalidad como los respectivos regímenes de responsabilidad patrimonial estatal exigen la afirmación del principio de imputabilidad, a cuyo tenor la indemnización por el daño ocasionado corresponde al Estado siempre que haya sustento fáctico y atribución jurídica; lo anterior teniendo en cuenta el contexto doctrinal de hoy en día, caracterizado por la imputación objetiva como tendencia aplicable a la responsabilidad estatal. Se trata, además, de una imputación objetiva establecida desde el punto de vista según el cual el Estado se sitúa en posición de garante en eventos de acción u omisión, donde lo prioritario no es determinar si un hecho es resultado de un curso causal dañoso o por abstención de una "acción salvadora" de parte de quien desplegó en su momento determinada conducta, porque lo importante "no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de si una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante" (Santofimio G., pág. 773).

Frente a lo expuesto, para matizar la controversia lo esencial sería destacar que desde el citado artículo 90 la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento único el daño, omitiendo el factor de intencionalidad de quien lo causó y haciendo hincapié en el perjuicio patrimonial y extrapatrimonial que sufre la víctima, con base en lo cual se aplican el correspondiente régimen de responsabilidad y la indemnización de perjuicios

Es oportuno señalar que la responsabilidad estatal aplicada jurídicamente en Colombia debe mirarse como responsabilidad civil, de contenido netamente económico, prevista para restablecer un desequilibrio de este tipo causado a la víctima, mediante una indemnización en dinero que apunta a resarcir el daño causado. Esto último en consonancia con la materialización del principio de igualdad de los ciudadanos frente a la ley y las cargas públicas.

A continuación se expone el contenido y/o significado básico de las características propias del daño que permiten su configuración:

2.1.3.1 El daño debe ser cierto. La certeza del mismo se refiere a su existencia real: en forma efectiva el daño debe existir, necesariamente debe haber evidencia frente a su producción; alude igualmente esta característica a la certidumbre acerca del mismo, independiente de su ubicación temporal presente, pasada o futura, puesto que de cualquier modo tal daño existe o existió; vale aclarar que no deben confundirse certeza (existencia) y futuridad (no hay duda sobre la existencia del daño, éste es cierto y de consecuencias imprevisibles que pueden prolongarse indefinidamente en el tiempo).

El doctrinante Gil Botero (Op. cit., págs. 128-129) define este factor como aquel que "permite constatar que éste (el daño) sea pasado, presente o futuro, y habrá certidumbre del mismo cuando aparezca con evidencia que produjo o producirá una disminución o lesión material o inmaterial en el patrimonio de quien lo sufre; es decir, no podrá ser resarcido lo eventual, hipotético o posible".

En Sentencia 12555 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 2001) el Consejo de Estado se pronunció sobre el tema en los siguientes términos: "La Sala ha dicho, en reiterada jurisprudencia, que para que un daño sea indemnizable debe ser cierto, es decir que no trate de meras posibilidades, o de una simple especulación. Así el daño sea futuro debe quedar establecida la certeza de su ocurrencia, no puede depender de la realización de otros acontecimientos. …".

2.1.3.2 El daño debe ser personal. Dice Gil Botero (Op. cit., págs. 127, 128) que esta característica es condición de existencia del daño y elemento de su configuración. Alude a la legitimación, es decir, a quien tiene derecho a reclamar la reparación, derecho que asiste a quien ostente la calidad de perjudicado con el hecho dañoso; en estos casos el daño registra vínculo directo con la acreditación de la titularidad del interés propio de la obligación de resarcir al perjudicado en sus bienes, patrimonio, derechos y/o intereses legítimos.

El carácter personal del daño significa que éste fue, es o haya sido padecido por el afectado, por sus herederos –quienes pueden reclamar como perjudicados directos puesto que han sufrido lesión en su propio interés–, o por quien lo alega haciendo uso de un derecho de representación, donde el interés afectado será el de la persona titular de la acción o que pudo haber intentado ésta en tanto las consecuencias negativas afectaron su patrimonio material o inmaterial, bien por la vía directa o por la hereditaria, e inclusive independientemente de factores como consanguinidad, afinidad u otros. Cuando quiere acreditarse daño por la vía documental de parentesco –reconociendo ésta como elemento facilitador de la legitimación del daño y de su carácter personal, debe decirse que "… el fundamento no es el vínculo de parentesco, sino el título de perjudicado directo con el hecho dañoso, lo contrario implica un trato no igualitario".

Henao (Op. cit., pág. 128), por su parte, explica este requisito en los siguientes términos: "el daño es personal cuando se deriva de los derechos que tiene el demandante sobre el bien que sufrió menoscabo, debiendo establecer la titularidad jurídica sobre el derecho que tiene respecto de ese bien menguado".

2.1.3.3 El daño debe ser directo. En términos generales esta característica apunta a señalar que el perjuicio de la víctima debe ser consecuencia derivada del daño, como lo describe el citado doctrinante Juan Carlos Henao (Op. cit., pág. 127):

> El carácter directo del daño se estudia aquí desde otra óptica: el perjuicio invocado por la víctima, como se ha anotado, tiene que provenir del daño causado. Esta afirmación se justificaría en la medida en que se acoja la distinción entre daño y perjuicio propuesta por el profesor Bénoit, que ya hubo oportunidad de señalar. Es así como, en esta parte del discurso, el carácter directo del daño supone el nexo de causalidad que ha de existir entre el daño definido como

> alteración material y exterior y el perjuicio entendido como las consecuencias de dicha alteración sobre un patrimonio.

También sobre el carácter directo del daño, el doctrinante Gil Botero indica que debe haber conexión o causalidad entre "la acción, omisión, o conducta generante de un efecto, esto es, de una modificación patrimonial" (Gil Botero, Op. cit., pág. 81) puesto que precisamente esta última es el resultado del daño. Igualmente expone que la condición directa del daño

> … No alude a una característica, sino más bien a una relación determinante de su relevancia jurídica, toda vez, que si el daño no ha sido producido, o no es referible al autor, no se da conexión entre éste y el resultado, lo cual conllevaría a que en el plano físico y/o normativo, aquél no materializó la realidad dañosa; en otros términos, no le es imputable. Ello confirma el supuesto teórico de que la imputación objetiva o referibilidad del hecho a su causante, antecede y determina la existencia del daño en sentido jurídico; el daño como unidad fenoménica recoge todo lo que precede a hacerlo real; sin los elementos constitutivos que lo posibilitan existencialmente no se daría en el plano del conocimiento jurídico. … (Op. cit., pág. 80).

2.1.3.4 El daño debe ser determinado o determinable. Un daño es determinado cuando los sujetos de la relación obligacional, desde el surgimiento de la misma, están plenamente identificados o individualizados; es decir, dicha obligación nace con los sujetos por completo individualizados. Igualmente el daño es susceptible de ser determinable, condición que se genera cuando al surgir la obligación no está plenamente identificado o individualizado –de manera pasajera– uno de los sujetos parte de la misma, quien posteriormente se determinará una vez formalizada dicha obligación.

Desde el punto de vista indemnizatorio, también debe tenerse claro y presente que la extensión y cuantía del daño deben ser determinadas o, en su defecto, que sea posible determinarlas. Es decir, en su momento oportuno el reclamante deberá especificar los daños y determinarlos en su extensión y valor.

2.1.3.5 El daño debe ser anormal (o especial). Surge esta característica cuando en ejercicio de sus funciones, obrando dentro de su competencia y ceñido a la ley, con su actuación el Estado genera perjuicios a los administrados; tales perjuicios son especiales y anormales puesto que implican una carga adicional a aquella que normalmente los ciudadanos deben soportar por el

hecho de vivir en sociedad. El fundamento de esta teoría consiste en que por el simple hecho de vivir es sociedad, los asociados deben soportar las cargas que conlleva el funcionamiento del aparato estatal, iguales para todos los administrados cuando se trata tanto de la ley como de las cargas públicas. Pero en caso de desigualdad respecto de dichas cargas, roto el necesario equilibrio se omite ese principio de igualdad, aún si fuere por el obrar legítimo de la administración; se requiere entonces restablecer el equilibrio, condición que se logra mediante la indemnización por los perjuicios ocasionados. El Consejo de Estado ha manifestado en diferentes oportunidades que esta teoría es de aplicación excepcional y subsidiaria, solo para eventos en los cuales el caso concreto que se estudia no puede ser subsumido dentro de los diferentes regímenes de responsabilidad consagrados.

2.1.3.6 El daño debe involucrar una situación jurídicamente protegida. Dicho de otro modo, tanto el daño mismo como el hecho dañoso que lo produce deben ser injustos desde el punto de vista jurídico y de protección de derechos. En este sentido vale afirmar que toda situación jurídicamente protegida involucra –entre otros aspectos– el deber genérico de abstención que pesa sobre todos los terceros, incluida la administración, de omitir o evitar cualquier hecho que perturbe, lesione o cause daño al titular de un derecho en el goce del mismo.

2.1.3.7 El daño debe ser probado por quien lo sufre. Al respecto téngase en cuenta lo previsto por el artículo 177 Código de Procedimiento Civil, derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir del 1o. de enero de 2014, en los términos del numeral 6) del artículo 627 de la citada Ley. Artículo 177. Carga de la prueba: Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Tanto los hechos notorios como las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba. Por regla general el demandante tiene la carga de la prueba sobre la existencia y extensión del daño, y a efectos de obtener su pretensión indemnizatoria no puede limitarse a hacer afirmaciones generales sin sustento probatorio.

Sobre la exigencia aplicable a la prueba del daño se pronunció de tiempo atrás el Consejo de Estado señalando: “No basta entonces, que en la demanda se hagan afirmaciones sobre la

existencia del daño, porque el demandado no puede limitarse, si quiere sacar avante su pretensión, a hacer afirmaciones sin respaldo probatorio" (Sentencia 6030 del 6 de febrero de 1992).

2.2 ELEMENTOS DEL DAÑO ANTIJURÍDICO

2.2.1 En la doctrina

Los doctrinantes nacionales se han ocupado del tema en diversas oportunidades. Destacable, por ejemplo, la posición de Henao Pérez, quien considera la reparación como uno de los factores asociados directamente al daño y expone su posición en estos términos:

> La reparación del daño debe dejar indemne a la persona, esto es, como si el daño no hubiere ocurrido, o, al menos, en la situación más próxima a la que existía antes de su suceso.
>
> Dicho de otra manera, se puede afirmar que "se debe indemnizar el daño, sólo el daño y nada más que el daño", o, en palabras de la Corte Constitucional colombiana, que "el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, mas no puede superar ese límite" (Sentencia C-333 del 1° de agosto de 1996).
>
> La explicación que se da a esta regla se apoya en un principio general del derecho; si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin justa causa para la víctima. Es así el daño la medida del resarcimiento (Henao J. C., pág. 45).

Siempre dentro del contexto de la responsabilidad y el daño, indicaba en su momento el doctrinante Gil Botero (Op. cit., pág. 66) que surge la pregunta sobre cómo determinar cuándo debe repararse ese daño, exponiendo así su criterio:

> Lo primero será comprobar la presencia del daño. Lo cual es fenoménicamente posible desde el punto de vista de la experiencia, como dato objetivo; y ¿si es justo que la víctima lo haya sufrido?, lo que implica una valoración sobre conceptos de suyo tan problemáticos como el de 'justicia', que en el campo de la ética y del derecho son considerados insolubles, o sin posibilidad de respuesta, pero "En el lenguaje Kantiano diríamos que no es una cuestión de la razón teórica o cognoscitiva, sino de la razón práctica o razón que legisla lo moral'. Resulta por ello, más práctico acudir no a la calificación de justicia o injusticia del daño, sino más bien al concepto antijurídico que trae el art. 90 de la C.N., revistiendo así el daño un carácter objetivo en sí mismo, sin relación determinante con la actividad que lo causó. Establecida la presencia del daño injusto (antijurídico), habrá que precisar qué es lo que originó el mismo, y ello implica

> indagar o verificar la causalidad; la causalidad jurídica –imputación como se verá– antecede y determina la existencia del daño como entidad fenoménica, independiente de la valoración subsiguiente sobre justicia o injusticia, que no apunta tanto al desvalor de la conducta, sino más bien al deber de si quien lo sufre debe soportarlo o no. Y no deben soportarse daños, independientemente de que sean la consecuencia del obrar legítimo o del actuar contrario al orden jurídico, cuando no exista razón legal o de derecho que obligue a padecerlos, porque de lo contario, el daño es antijurídico para quien lo sufre en la medida en que el ordenamiento no se lo impone. Cuando el evento lesivo proviene de un acto ilícito, la conducta misma será antijurídica como contradicción del obrar del sujeto con el ordenamiento jurídico en su conjunto; en cambio cuando se le vulneren a la persona bienes jurídicos o intereses legítimos que se debían proteger, ese quebrantamiento o daño es *contra ius* para quien lo padece, porque el Estado en principio debe velar por la defensa de los bienes e intereses jurídicos de las personas. En esta medida la antijuridicidad implica un desvalor de la acción o conducta y un desvalor del resultado.

En el mismo orden de ideas el tratadista Libardo Rodríguez (2008) formula su posición:

> (…) dentro del contexto de la Constitución Colombiana se requiere como elemento fundamental que el daño sea antijurídico, en el sentido de que el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo. La importancia de este concepto se traduce, como lo ha expresado la jurisprudencia, en que el fundamento de la responsabilidad del Estado se desplazó de la ilicitud de la conducta causante del daño (falla del servicio o culpa del Estado) al daño mismo, siempre y cuando fuese antijurídico, lo cual también ha permitido afirmar a la jurisprudencia que los dos únicos elementos indispensables para la declaración de la responsabilidad del Estado son el daño antijurídico y la imputación del mismo a una persona jurídica.

Ahora bien, desde la perspectiva colombiana oportuno señalar que la base conceptual de la previsión de responsabilidad consagrada en el artículo 90 [6] de la Carta Política, tiene su origen en

[6] "… se predica que existe daño antijurídico cuando 'se cause un detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido y que exceda el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social', recordando así que se desplaza el fundamento de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad producido por ella.
"En materia de responsabilidad patrimonial del Estado, se elevan a la categoría constitucional dos conceptos ya incorporados en nuestro orden jurídico: el uno, por la doctrina y la jurisprudencia, cual es el de la responsabilidad del Estado por los daños que le sean imputables: y el otro, por la ley, la responsabilidad de los funcionarios.
La noción de daño en este caso, parte de la base de que el Estado es el guardián de los derechos y garantías sociales y que debe, por lo tanto, reparar la lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión, porque ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo.
La responsabilidad se deriva del efecto de la acción administrativa y no de la actuación del agente de la Administración causante material del daño, es decir, se basa en la posición jurídica de la víctima y no sobre la conducta del actor del daño, que es el presupuesto de la responsabilidad entre particulares.
Esta figura tal como está consagrada en la norma propuesta, comprende las teorías desarrolladas por el Consejo de Estado sobre responsabilidad extracontractual por falta o falla del servicio, daño especial o riesgo". Tomado de: Ramírez Ocampo, A. Ponencia para segundo debate de la nueva Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional No 112, 3 de julio de 1991, pág. 7.

la doctrina española sobre el tema: doctrina en cuyo ámbito el daño antijurídico se define no como aquel resultante de actividad ilícita del Estado, sino como el perjuicio provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. En este contexto se estima pertinente destacar la posición de los profesores García de Enterría y T. R. Fernández (García de Enterría; Fernández, 1993, pág. 373), doctrinantes españoles muy significativos ambos, quienes para llegar al concepto de daño antijurídico establecen diferencia entre lesión y perjuicio, indicando al respecto:

> A efectos conviene comenzar por distinguir el concepto jurídico de lesión del concepto vulgar de perjuicio. En este último sentido, puramente económico o material, por perjuicio se entiende un detrimento patrimonial cualquiera. Para que exista lesión resarcible se requiere, sin embargo, que ese detrimento patrimonial sea antijurídico, no ya porque la conducta de su autor sea contraria a derecho (antijuridicidad subjetiva), sino más simplemente, porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo.
>
> …lesión sería el perjuicio antijurídico, que es un concepto jurídico como aquel que el titular del patrimonio considerado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aunque el agente que lo ocasione obre él mismo con toda licitud.
>
> (…)
>
> La calificación de un principio en justo o injusto depende de la existencia o no de causas de justificación (civil) en la acción personal del sujeto a quien se impute tal perjuicio. La causa de justificación ha de ser expresa y concreta y consistirá siempre en un título que legitime el perjuicio contemplado…

Y en otro texto de su autoría (Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa, 1984, págs. 176-177) dice también el profesor García de Enterría:

> (…) Fuera de esta hipótesis, todo perjuicio o detrimento patrimonial imputable a un sujeto (a una Administración en nuestro caso) será una lesión, un perjuicio injusto, que por la propia virtualidad de esa última nota, tenderá a su reparación, generando un deber de resarcimiento, que es en lo que se concreta la responsabilidad civil.

Los citados doctrinantes García de Enterría y Tomás Ramón Fernández fundamentan el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado en el daño antijurídico, según el cual se busca garantizar que el menoscabo de orden patrimonial o extrapatrimonial sufrido por la víctima sea adecuadamente reparado; al respecto exponen:

> Quedan de este modo incluidos en la fórmula legal no sólo los daños ilegítimos que son consecuencia de una actividad culpable de la Administración o de sus agentes, supuesto comprendido en la expresión "funcionamiento anormal de los servicios públicos", sino también los daños producidos por una actividad perfectamente lícita, como indica claramente la referencia explícita que el legislador hace a los casos de "funcionamiento normal" (o "funcionamiento de los servicios públicos", simplemente, en el artículo 106.1 de la Constitución).
>
> (...)
>
> Al construir la institución de la responsabilidad de la Administración al margen de toda idea de ilicitud o culpa, el fundamento de aquella se desplaza desde la perspectiva tradicional de la acción del sujeto responsable (que parte de la concepción de ver en la responsabilidad patrimonial la sanción de una conducta culpable) a la del patrimonio de la persona lesionada. La responsabilidad pasa a reposar de este modo sobre un principio abstracto de garantía de los patrimonios, dejando de ser una sanción personal por un comportamiento inadecuado para convertirse en un mecanismo adecuado de reparación que se pone en funcionamiento solo si, y en la medida en que, se ha producido una lesión patrimonial (García de Enterría; Fernández, 1993, págs. 371-372).

2.2.2 En la jurisprudencia del Consejo de Estado

Son múltiples los pronunciamientos del alto organismo en torno al tema objeto de trámite. No sobra hacer hincapié en que de tiempo atrás este alto Tribunal jurisprudencial ha manifestado su posición frente a los temas del daño antijurídico imputable a la administración y responsabilidad patrimonial estatal derivada del mismo. Enseguida se reseñan varios de tales pronunciamientos, tomados del acervo jurisprudencial sin criterio taxativo ni excluyente, aunque sí teniendo en cuenta su representatividad conceptual en el caso presente.

Por ejemplo, en Sentencia antes citada del 13 de julio de 1993, expediente 8163, esta alta Corporación se pronunció sobre el tema del daño antijurídico en estos términos:

> … ha dicho la Sala en varias providencias cuyo apoyo se ha buscado en la doctrina y en la jurisprudencia españolas, que equivale a la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en obligación de soportar; de esta manera, se ha desplazado la antijuricidad (sic) de la causa del daño al daño mismo, constituyendo un elemento estructural del daño indemnizable y objetivamente comprobable. Quizás sea esta característica la que ha inclinado a pensar que ha ocurrido un tránsito, por imperio constitucional de una responsabilidad de tipo subjetivo a otro objetivo. Esa conclusión no corresponde a la realidad.

> La ilicitud o antijuridicidad del daño están ínsitas en el daño mismo sin referencia alguna a la licitud o ilicitud de su causa; en otros términos, el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esa doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva.
>
> Uno y otro régimen adquieren puntos de distinción en cuanto tiene que ver con la imputación del daño, que como se dijo, es el segundo elemento indispensable para que la responsabilidad de, la administración sea declarada; dicho de modo diferente, no basta con que exista un daño antijurídico sufrido por una persona; es menester, además, que dicho daño sea imputable, vale decir, atribuido jurídicamente al Estado…

En la Sentencia 3540 (8 de junio de 1999), Consejero Ponente doctor Daniel Suárez Hernández, señalaba el alto organismo que el fundamento normativo de la responsabilidad patrimonial del Estado es el artículo 90 superior; que dicha responsabilidad es objetiva y que su origen es el daño antijurídico causado, independiente de dolo, culpa o falla, caracteres subjetivos que podrían darse o no para configurarse el daño en un determinado evento.

En cuanto al concepto de daño antijurídico y apoyándose en la doctrina extranjera, en pronunciamiento del año 2000 (Sentencia 10867, 2000) el alto Tribunal apuntaba:

> Entendido jurisprudencialmente como el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien, en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc., suponiendo la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo, sin que el ordenamiento jurídico le haya impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carezca de causales de justificación.

En Sentencia 13318 (Sección Tercera. Sentencia del 18 de marzo de 2004), Consejera Ponente doctora María Elena Giraldo Gómez, sobre el tema de responsabilidad estatal también dijo el Consejo de Estado:

> El régimen de responsabilidad patrimonial del Estado consagrado constitucionalmente en el artículo 90 de la Carta Política, prevé la responsabilidad del Estado únicamente por los daños antijurídicos que le sean imputables y que hayan sido causados por la acción u omisión de las autoridades públicas.

> Para que surja para la entidad pública la obligación de reparar un daño resulta necesario que la lesión pueda serle imputada jurídicamente. Para valorar este punto es indispensable acudir tanto al desenvolvimiento físico de los hechos como al deber ser o conducta exigida normativamente a la Administración, de acuerdo con las circunstancias particulares de cada caso y los instrumentos al alcance de la Administración.

La posición expuesta en la citada Sentencia 8163 fue posteriormente acogida por el alto organismo en Sentencia del 5 de diciembre de 2005, expediente 12158, Consejero Ponente doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez, revocatoria de Sentencia del 13 de marzo de 1996 proferida por el Tribunal Administrativo del Huila. En esta nueva oportunidad el Consejo de Estado manifestó lo siguiente en lo relativo al daño antijurídico como fuente de la reparación:

El artículo 90 superior establece que el Estado 'responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables', pero debe tenerse presente que el ordenamiento jurídico colombiano no ofrece definición normativa del daño antijurídico. Por tanto la jurisprudencia nacional, atendiendo a la semejanza entre los artículos 106 de la Constitución Española y 90 de nuestra Carta, define tal daño como 'la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho'; o también como el daño producido a una persona sin que tenga el deber de soportarlo porque omite causales de justificación. La anterior definición permite inferir dos de las principales características del daño, así:

- Primera: no todo daño que causa el Estado es indemnizable, menos si es resultado de la actividad estatal lícita, ya que solamente originan el deber de reparación patrimonial aquellos daños que exceden los límites jurídicos garantes de los derechos y que imponen obligaciones exigibles a todos los asociados. En este sentido tienen aplicación los artículos 228 y 2º superiores, al igual que los principios de igualdad frente a las cargas públicas y la solidaridad, consagrados respectivamente en los artículos 1º y 13 ibídem.

- Segunda: el carácter indemnizable del daño se basa en que solo son antijurídicas las lesiones causadas por el Estado a los derechos de las personas cuando no surgen de su anuencia, aceptación o son propiciadas por ellas mismas. No se trata de identificar el daño antijurídico con

la causal de exoneración de responsabilidad que rompe la imputación por el hecho o culpa exclusiva de la víctima, sino de que el Estado no indemniza daños cuya fuente indemnizatoria no sea objeto de protección jurídica. En otras palabras, aún si el daño cuya reparación se pretende fue causado directa y eficientemente por el Estado, no será objeto de indemnización si en su génesis hubo acción u omisión del reclamante, ya que en tal caso estaría protegiendo actuaciones no leales e ilegítimas de los particulares.

Con base en lo anterior es posible reiterar lo preceptuado jurisprudencialmente en diversas ocasiones por el Consejo de Estado y avalado por la Corte Constitucional, en el sentido de que:

> … esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración (Sentencia 53704 citada, 2016).

En relación con elementos del daño, en la misma Sentencia 53704 inmediatamente antes indicada, el propio Consejo de Estado expone consideraciones como las que a continuación se reseñan:

El daño antijurídico en responsabilidad extracontractual y del Estado involucra dos componentes: a) primero, el alcance del mismo como entidad jurídica, es decir, el detrimento que un determinado evento ocasiona a un individuo en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio"; o la "lesión de un interés con la alteración *'inpejus'* del bien idóneo para satisfacer aquel, o con la pérdida o no disponibilidad del goce de un bien, que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa"; y b) segundo, aquello que derivado de la actividad, omisión o inactividad de la administración pública, no sea soportable por tres razones, a saber: i) es contrario a la Carta Política o a una norma legal, ii) no es razonable al tenor de derechos e intereses reconocidos constitucionalmente; y iii) porque no tiene apoyo en la prevalencia, respeto o consideración del interés general, o de la cooperación social.

En la misma Sentencia 53704 dice también el alto organismo que según la jurisprudencia constitucional un daño no es antijurídico por el carácter lícito o no de la conducta o accionar de la administración, sino porque la víctima no está llamada a soportarlo. Y añade que hoy en día la responsabilidad extracontractual está llamada a adaptarse, a efectos de que el alcance del riesgo se asuma de manera evolutiva antes que bajo los parámetros del modelo tradicional; postulado que permite inferir una definición actual de daño desde la premisa según la cual a toda actividad le son inherentes ciertos peligros de todo orden, cuya ocurrencia no siempre llevará siempre a establecer o demostrar la producción de un daño antijurídico. Así pues, solo en aquellos casos de evidente amenaza inminente, irreversible e irremediable, debidamente probados, permitirían afirmar la existencia de un daño cierto que afecta y/o genera detrimento en derechos, bienes o intereses jurídicos; daño éste cuya concreción material podría implicar una situación aún más gravosa para quien lo padece.

En la Sentencia 37026 del 3 de agosto de 2017, ratificando jurisprudencia precedente, el alto organismo se ocupó de reiterar los elementos característicos del daño; al respecto se pronunció del siguiente modo:

> 34.6 Debe quedar claro que es un concepto constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala, un 'Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos'. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida.

En síntesis, la jurisprudencia reseñada permite advertir la posición del alto Tribunal sobre el daño antijurídico que la víctima no está llamada a soportar, sobre su reparación y sobre la responsabilidad que en este sentido asiste al causante del mismo –por acción u omisión–, esto es, a la administración como tal y a sus agentes, contra quienes está constitucionalmente consagrada la acción de repetición. Todo ello en el marco general del Estado Social de Derecho propio de la nación colombiana, atendiendo de manera específica a las características de dicho daño puesto que no todos los eventos de este tipo necesariamente resultan indemnizables, y asimismo atendiendo a las formalidades que debe satisfacer la víctima en el proceso de reclamación.

2.2.3 En jurisprudencia de la Corte Constitucional

En Sentencia C-333 de 1996 ya citada, Magistrado Ponente doctor Alejandro Martínez Caballero, este alto órgano jurisprudencial coincidió con la tesis expuesta por la Sección Tercera del Consejo de Estado en las Sentencias del 8 de mayo de 1995, expediente 8118, y 13 de julio de 1993, expediente 8163 –entre otras–, en el sentido de señalar que:

> … el inciso primero del artículo 90 consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y comprende por ende no sólo la responsabilidad extracontractual sino también el sistema de responsabilidad precontractual (derivado de la ruptura de la relación jurídico-administrativa precontractual) así como también la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual.

Y añade más adelante la Corte en la misma Sentencia C-333, varias veces citada:

> … en múltiples oportunidades ese Tribunal (Consejo de Estado) ha definido el daño antijurídico como 'la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar', por lo cual 'se ha desplazado la antijuridicidad de la causa del daño al daño mismo'. Por consiguiente, concluye esa Corporación, 'el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva'.

Este mismo Tribunal (Sentencia C-918, 2002) fue claro en manifestar que el daño antijurídico base de la responsabilidad patrimonial del Estado, se inscribe en el marco de los principios del Estado Social de Derecho. Retomó en esta oportunidad la Corte algunos planteamientos formulados por el Consejo de Estado en Sentencia del 13 de junio de 1993 –antes citada–, haciendo hincapié en que

> … la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, por lo cual éste se reputa indemnizable. Esto significa obviamente que no todo perjuicio debe ser reparado porque puede no ser antijurídico, y para saberlo será suficiente acudir a los elementos del propio daño, que puede contener causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo.

> Igualmente no basta que el daño sea antijurídico sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública.

Expone también la Corte que en el mismo orden de ideas sobre el tema se tienen como referentes las Sentencias C-832 de 2001, C-428 de 2002, Fundamento 4.1.4., y C-619 de 2002, Fundamento 3.4. En la primera de éstas, con ponencia del Magistrado doctor Rodrigo Escobar Gil, en aparte pertinente el alto organismo manifestó lo siguiente:

> … La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, consagrado en los artículos 2, 58 y 90 de la Constitución, ampliamente desarrollado por vía jurisprudencial, y se configura por la concurrencia de tres presupuestos fácticos a saber: un daño antijurídico o lesión, una actuación imputable al Estado y una relación de causalidad.

Cabría destacar en este contexto de daño y responsabilidad estatal, el artículo 13 superior que consagra la igualdad de todas las personas ante la ley y su derecho al trato igualitario; condiciones ambas que frente al daño antijurídico, deben traducirse en la efectiva e igualitaria indemnización, al tiempo que en mecanismo protector de la ciudadanía frente a la actividad estatal que llegare a lesionar sus intereses en virtud de afectación antijurídica por acción u omisión, generándose de este modo un obligatorio deber indemnizatorio. En otras palabras: “la responsabilidad patrimonial del Estado nacerá, de la lesión patrimonial que injustificadamente sufre una persona con ocasión del ejercicio de una función pública” (Esguerra P., 2004).

Sobre este último tema de la responsabilidad patrimonial estatal, en la citada Sentencia C-333 de 1996 la Corte se pronunció en los siguientes términos:

> El actual mandato constitucional es no sólo imperativo -ya que ordena al Estado responder- sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas. En efecto, la norma simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública. Pero el artículo 90 no restringe esta responsabilidad patrimonial al campo extracontractual sino que consagra un régimen general…

Y más adelante, en el desarrollo de los fundamentos jurídicos del fallo en comento, indicó el alto organismo que la ponencia para segundo debate en la Plenaria de la Asamblea Constituyente señalaba al respecto lo siguiente:

> … Tratándose de responsabilidad patrimonial del Estado, gozan de categoría constitucional dos conceptos ya incorporados en el orden jurídico nacional; son estos: a) la responsabilidad del Estado por los daños que le sean imputables: y b) la responsabilidad de los funcionarios.

Destaca que la noción de daño generado por la administración se basa en la concepción del Estado como encargado de velar por los derechos y garantías de los asociados y, en consecuencia, siempre que con su accionar lesione legítimos intereses de una persona no obligada jurídicamente a soportar tal detrimento, compete al Estado reparar la lesión causada. Y en cuanto a responsabilidad de un agente, dice que ésta no deviene de la actuación o conducta del funcionario sino de la acción administrativa como tal. Adicionalmente, expone que la figura de responsabilidad así planteada abarca los postulados teóricos del Consejo de Estado sobre responsabilidad extracontractual por falta o falla del servicio y daño especial o riesgo, al tiempo que hace hincapié en que no pocas veces dicho Tribunal ha definido el daño antijurídico como "la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar", de modo que –reitera– "se ha desplazado la antijuricidad (sic) de la causa del daño al daño mismo". Y en definitiva la Corte expone su posición sobre el tema así:

> 8- … esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho (CP art. 1º), pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. [Sentencia del Consejo de Estado de mayo 8 de 1995, Expediente 8118. Consejero Ponente Juan de Dios Montes Hernández. **Nota fuera del texto original**].

Frente al daño antijurídico, en Colombia la Corte Constitucional y el Consejo de Estado adoptan referencialmente la postura jurisprudencial española y el correspondiente concepto de daño. Es así como la primera alta corporación citada expone lo siguiente:

> … la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual

> puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización.
>
> Esta concepción de la posibilidad de indemnización de un daño antijurídico incluso originado en una actividad lícita del Estado armoniza además con el principio de solidaridad (CP. art. 1º) y de igualdad (CP. art. 13), que han servido de fundamento teórico al régimen conocido como de daño especial, basado en el principio de igualdad de todos ante las cargas públicas.
>
> (…)
>
> … la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, por lo cual éste se reputa indemnizable.

Lo antes dicho significa que no todo perjuicio deba ser reparado ya que puede no ser antijurídico a la luz de los elementos del propio daño, pudiendo éste presentar causales de justificación que obligan a soportarlo.

> Por otra parte, el daño, además de antijurídico debe ser imputable al Estado, en virtud de actuación u omisión de una autoridad pública. Al respecto la Corte coincide con el Consejo de Estado en que para imponer al Estado la obligación de reparar el daño se requiere tanto constatar su antijuridicidad, como igualmente un juicio de imputabilidad por parte del juzgador "que le permita encontrar un ´título jurídico´ distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, la ´*imputatio juris*´ además de la '*imputatio facti*´" (Sentencia C-333 del 1° de agosto de 1996).

Se da aquí por terminada la exposición relativa a elementos que conforman el daño, la cual involucra conceptualizaciones doctrinales y reseña ponderada de algunos pronunciamientos jurisprudenciales significativos en torno al mismo, tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional. No sobra señalar que el contenido general del capítulo ofrece una visión amplia y sustentada, a partir de indagación en fuentes idóneas, sobre los principales aspectos y/o elementos que sirven de base para el desarrollo temático de la monografía, todos ellos abordados

con criterio objetivo ajeno a prevenciones que en determinado momento pudieran conducir a errores de interpretación o a planteamientos fuera de contexto.

Visto y asumido lo anterior, el Capítulo siguiente se ocupa de dar continuidad al documento con la temática correspondiente a la pérdida de oportunidad, no tanto desde la perspectiva del daño causante de la misma, como sí atendiendo a su conceptualización, elementos que la conforman (en los contextos doctrinal y jurisprudencial), y pérdida de oportunidad como daño autónomo para estructurar responsabilidad del Estado en materia médico-asistencial.

3. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

Con el desarrollo de este ítem pretende mostrarse que la llamada pérdida de oportunidad es una realidad actual que amerita ser abordada a fondo desde las perspectivas jurisprudencial y doctrinal y desde la óptica del fenómeno de la causalidad, sobre todo teniendo en cuenta que se trata de situaciones de incertidumbre o probabilidad en ese contexto causal y respecto del nexo o vínculo causa-efecto que les da origen, frente a las cuales el fallador es quien tiene en última instancia la respuesta. Vale destacar que en países como el nuestro la figura es parte del ordenamiento jurídico con base en análisis de Derecho Comparado.

3.1 CONCEPTO DE PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

Antes de incursionar en el concepto como tal, se estima pertinente una breve reseña histórica en torno al surgimiento y expansión de esta figura jurídica cuyas primeras manifestaciones hacia finales del siglo XIX y comienzos del XX en virtud de dos fenómenos: el primero de origen jurisprudencial y doctrinal, con base en lo cual los estudiosos de la época fueron poco a poco motivando a los tribunales y moldeando la nueva institución jurídica; y segundo, asentada ya la teoría en el ordenamiento jurídico francés, , comenzó a expandirse pasando a ordenamientos de países como Inglaterra, Canadá, Estados Unidos y otros, lo mismo que a organizaciones civiles y gubernamentales de distinto orden. Al respecto expone Medina Alcoz (2007):

> … En efecto, la gestación de la teoría de la pérdida de oportunidad en los Derechos francés, inglés, estadounidense, canadiense, australiano, belga, holandés o italiano, constituye una manifestación paradigmática del papel protagonista que, por lo general, han asumido los Tribunales en la elaboración del derecho de la responsabilidad civil, cuyos razonamientos y soluciones, adelantados o teorizados después por la doctrina, acaban teniendo reflejo en algunos textos legales.

Y en el mismo orden de ideas expone también Medina Alcoz, citado por S. Yong y C. A. Rodríguez-Yong:

> … la teoría ha circulado horizontalmente, penetrando otros muchos ordenamientos nacionales (Australia, Bélgica, Holanda, Italia, Argentina, entre otros); y verticalmente, alcanzando a organizaciones europeas e internacionales de diverso signo (Consejo y Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; Tribunal Europeo y Corte Interamericana de Derechos Humanos; Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado –UNIDROIT–; Academia de Jusprivatistas Europeos; Grupo Europeo que, después de identificarla a través del método comparado, la ha recogido o aplicado en algunos de sus instrumentos…

Por otra parte, también es oportuno indicar que la base referencial temática tiene en este caso como fundamento un hecho concreto: en la actualidad y como consecuencia de factores concomitantes tales como la aplicación de justicia a partir de la Carta Política vigente, y más adelante con las nuevas competencias otorgadas a la jurisdicción contencioso-administrativa en materia de responsabilidad civil extracontractual estatal, el panorama jurídico contencioso-administrativo nacional empezó a evidenciar una serie de dificultades que afrontan tanto los directamente afectados, como igual abogados litigantes e incluso los jueces. Una de tales dificultades radica precisamente en la demostración y cuantificación de los perjuicios derivados de la ocurrencia de un daño antijurídico imputable al Estado y que involucra pérdida de oportunidad para la víctima.

La noción de pérdida de oportunidad –término este último definido por el Diccionario de la RAE como “chance, posibilidad de conseguir algo” (RAE, 2017), y también conceptualmente vinculado a la idea de posición, posicionamiento, ubicación en un evento, expresiones en este caso aplicables a quien competitivamente está mejor situado frente a un resultado deseable, a aquel con mayores probabilidades de lograr el propósito pretendido– desde el punto de vista jurídico se asocia directamente a la noción de daño antijurídico que da lugar a responsabilidad civil extracontractual. En pocas y simples palabras puede definirse este concepto como el daño resultante de escindirse la posibilidad de obtener un beneficio legítimo, una ganancia o ventaja, o de no evitar que se produzca perjuicio o situación desfavorable para el afectado, ambos eventos en virtud de la intervención de un tercero. A efectos de claridad conceptual, debe tenerse en cuenta –incluso reiterarse– que no todo daño antijurídico genera pérdida de oportunidad ya que

para configurarse ésta deben satisfacerse ciertas condiciones o requisitos que permiten estructurar la figura y hacerla efectiva con posibilidades de éxito para la víctima.

Más aun, la pérdida de oportunidad es una institución jurídica que tiene lugar ante la imposibilidad de vincular directa e incuestionablemente el daño producido y el hecho del agente generador del mismo; en otras palabras, cuando el nexo causal es difuso, que daría lugar a aplicar la llamada "técnica presuntiva" de la pérdida de oportunidad para de algún modo responder a la incertidumbre sobre la probabilidad real de que aquel a quien se imputa el daño sí fue realmente quien lo causó, y además teniendo en cuenta la injerencia del actor y del o de los terceros en la ocurrencia de tal daño; precisamente en ese estado de cosas la figura opera como instrumento de análisis para el fallador, quien con base en un cálculo de probabilidades dilucida la correspondencia o no entre ambos factores y procede a decretar o a denegar la indemnización. Pero debe tenerse en cuenta que tratándose de pérdida de oportunidad como daño autónomo –posición adoptada por la autora de esta monografía–, tanto la actuación procesal como la decisión indemnizatoria operan desde criterios diferentes al expuesto.

Doctrina y jurisprudencia de origen nacional y extranjero ofrecen definiciones pertinentes sobre la pérdida de oportunidad. En términos generales cabe afirmar que el concepto involucra dos elementos característicos, básicamente identificados del siguiente modo: a) certidumbre respecto de la pérdida de oportunidad por un hecho dañino que, omitiendo la presencia de daño, habría permitido a la víctima conservar la expectativa favorable frente al pretendido resultado; y b) incertidumbre respecto de la situación concretamente deseada, ante la imposibilidad de establecer si en caso de no haberse dado la ocurrencia del daño, sí pudiera haberse logrado la ganancia probable o evitarse el perjuicio que debía impedirse. Así las cosas, puede afirmarse que la distinción de origen doctrinal, entre pérdida de la ventaja esperada, imposibilidad de obtenerla (Chabas, pág. 65) y hasta la probabilidad de evitar el menoscabo no deseable, son fundamentos reales para considerar que en estos casos se presenta de manera concreta la pérdida de una oportunidad. También es importante tener en cuenta que la aplicación de la pérdida de oportunidad en diversos casos puede mirarse como remedio ante la desigualdad de opciones por parte de la víctima, por carecer de instrumentos idóneos que le permitan establecer y probar el nexo de causalidad entre el hecho dañoso y sus consecuencias.

Pero sí es claro y no hay duda sobre la existencia de un daño cierto cuya causalidad no puede probarse en definitiva, consistente en la oportunidad perdida de forma irreversible; daño que amerita reparación toda vez que como consecuencia negativa del mismo el perjudicado perdió la probabilidad de alcanzar un legítimo beneficio en su favor truncado por la intervención de un tercero que dio al traste con esa posibilidad. Así las cosas, debe hacerse hincapié en que la reparación del daño no se refiere en estos casos a compensar el natural interés del perjudicado, como sí a indemnizarle por la oportunidad definitivamente perdida, demostrándose de manera fehaciente tal condición; de lo contrario no sería nada distinto a la pretensión hipotética o eventual de un daño sin fundamento real, ajeno a cualquier tipo de responsabilidad y, por tanto, ajeno a indemnización alguna. Al respecto señala el antes citado doctrinante Chabas, citado por S. Yong y C.A. Rodríguez Yong, que "lo que le da especificidad a esta figura, es el hecho de no identificar el perjuicio con la pérdida de una ventaja esperada sino con la privación de la oportunidad de obtenerla" (Chabas, pág. 69).

Sobre el tema el español Fierro Rodríguez (2016) expone planteamientos como estos:

- La doctrina de la pérdida de la oportunidad puede considerarse como recurso utilizado por los órganos judiciales para facilitar el trámite de demandas por daños que ameritan indemnización pese a circunstancias en las cuales los elementos causales son de difícil valoración.

- Se trata de una construcción dogmática que busca resolver aquellos casos en los que no es posible acreditar sin ninguna duda la relación de causalidad, pese a lo cual se estima la pretensión del demandante concediéndole el derecho a una indemnización cuya cuantía será siempre inferior a la que le habría correspondido si se hubiere probado con total certeza la existencia de dicha relación causal, y además a efectos de proteger las expectativas de la víctima de un daño generador de responsabilidad para el causante del mismo.

- El mismo Fierro retoma lo dicho por Álvaro Luna Yerga en un artículo de su autoría, cuando respecto de la responsabilidad médica afirma:

> … la doctrina de la pérdida de oportunidad se entiende como una teoría de causalidad probabilística (Probabilistic Causation), conforme a la cual, en los casos de incerteza causal mencionados, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación o de supervivencia, consideradas a la luz de la ciencia médica, que deben ser indemnizadas" y que "en tal caso, es posible condenar al facultativo por el daño sufrido por el paciente pero se reduce el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido igualmente de haber actuado aquél diligentemente (Luna Y. en Fierro 2016).

3.2 ELEMENTOS QUE CONFORMAN LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

Se expuso en términos generales el concepto de pérdida de oportunidad o pérdida de chance, y se da por entendido su significado en el campo del Derecho, ámbito en el cual dicha pérdida es una figura jurídica abordada al tenor del derecho de daños, para establecer si es posible que el hecho de perder la esperanza de obtener un resultado favorable, o el de evitar una pérdida, pudiera generar un perjuicio que amerite reparación para la víctima. En la práctica es precisamente dicha comprensión la que en los diversos eventos debe adoptarse como referente para verificar si se está o no frente a la figura jurídica de un daño autónomo, con base en el cual el juez de la causa se pronunciará en favor de la víctima ordenando la reparación del daño por ella sufrido injustamente. Como es apenas natural, dicho pronunciamiento está sometido a que se satisfagan ciertos requisitos constitutivos del daño y asociados a la pérdida de oportunidad; requisitos que en las distintas oportunidades pueden involucrar diversas connotaciones propias del caso, del tipo de perjuicio causado y de la participación del agente causante del mismo.

Son múltiples las definiciones sobre pérdida de oportunidad planteadas en la doctrina –desde las perspectivas de imputación apoyada en causalidad probabilística, y modalidad autónoma de daño–, las cuales básicamente coinciden en reconocer que la oportunidad de obtener una ventaja, ganancia, beneficio, o de impedir una pérdida, se interrumpió por el hecho o conducta de un tercero, generándose de ahí la incertidumbre de saber si el beneficio se habría producido o el perjuicio pudo evitarse en ausencia de tal conducta, así como la no existencia de certeza sobre haberse cercenado de modo definitivo un interés legítimo.

Más aún, las posturas doctrinales que admiten la aplicación de la pérdida de oportunidad en el derecho de daños, apuntan, como antes se dijo, en procura de consenso frente al alcance de

esta figura, planteándola como: i) criterio alternativo de imputación basado en la causalidad probabilística o técnica de facilitación probatoria, modalidad asumida por doctrinantes españoles como Luis Medina Alcoz y Álvaro Luna Yerga, al igual que por colombianos como –entre otros– Enrique Gil Botero, Luis Carlos Plata Prince y Melba Luz Calle; o como ii) modalidad autónoma de daño, postura representada por los doctrinantes Francois Chabas y Luis Felipe Giraldo, francés y colombiano respectivamente. Enseguida se reseñan apartes pertinentes sobre las posturas de los citados doctrinantes:

- **Postura sobre pérdida de oportunidad como criterio alternativo de imputación:**

En cuanto a la naturaleza de la pérdida de oportunidad aplicable como instrumento de facilitación probatoria de la relación de causalidad entre el hecho dañoso y el perjuicio se consideran significativos varios de los planteamientos formulados por el ya citado Medina Alcoz, entre los cuales el que enseguida se transcribe:

> … es hora ya de llamar las cosas por su nombre y situar la teoría de la pérdida de oportunidad donde le corresponde: en la teoría de la causalidad, como subsistema de imputación probabilístico que funciona al lado del clásico y general de todo o nada. Sólo así puede plantearse en serio el debate en torno al campo operativo que debe corresponder a cada uno de los dos subsistemas (Medina Alcoz, 2012).

Se estima importante referenciar en primera instancia este autor puesto que su criterio sirve de base o punto de partida para las definiciones de otros doctrinantes, al tiempo que en forma reiterada es citado por casi todos ellos. En pocas palabras Medina Alcoz define la pérdida de oportunidad como menoscabo de una ocasión favorable, de una posible ventaja o beneficio, de un concreto resultado apetecido y esperado; esto es, como pérdida de oportunidad de obtener algún tipo de provecho o utilidad (Medina A., 2007a, pág. 61). También señala que la institución de pérdida de oportunidad es un remedio que permite auxiliar a víctimas materialmente incapaces de demostrar el vínculo daño-causalidad en eventos donde no es posible descartar con toda certeza que el agente no generó el menoscabo. “El único daño que, en su caso, puede ser indemnizado es el perjuicio final, es decir, la pérdida de la ventaja apetecida” (pág. 87 y 89).

Igualmente alude el autor a los supuestos donde tiene aplicación esta figura, y al respecto dice:

> … Cuando la probabilidad no es insignificante, pero tampoco es alta, es decir, cuando las posibilidades de que la víctima hubiera conseguido la ventaja son serias y reales, pero insuficientes para tener por cierto el hecho causal, la víctima puede tener derecho a un resarcimiento (parcial) en concepto de chance irreversiblemente sacrificada.

Sobre el tema es pertinente señalar que el citado Luna Yerga también se inscribe entre los doctrinantes partidarios de considerar la pérdida de oportunidad como instrumento de facilitación probatoria de la relación causal entre el hecho y el perjuicio ocasionado; afirmación que se infiere –por ejemplo– al tenor del siguiente planteamiento suyo:

> … frente al problema de la incerteza causal, la doctrina de la pérdida de oportunidad es un instrumento de facilitación probatoria de creación jurisprudencial o teoría de causalidad probabilística, conforme a la cual, en los casos de incerteza causal mencionados, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación o de supervivencia, consideradas a la luz de la ciencia médica, que deben ser indemnizadas (Luna Yerga, 2005).

Otro de los doctrinantes inscritos en esta postura conceptual es el colombiano Enrique Gil Botero, para quien

> … 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. (Gil B., 2010, pág. 502).

Ahora bien, estudiosos como el colombiano Luis Carlos Plata Prince (Plata P., 2016), basados en la regla del “todo o nada”, exponen su posición conceptual dentro de este mismo criterio alternativo de imputación, cuyo fundamento es la aplicación de una causalidad probabilística, destacando que ante la no existencia de certeza total acerca de que la ocurrencia del daño sea la causa del perjuicio para el afectado, debe aplicarse la causalidad probabilística, la cual no reemplaza en un todo la causalidad tradicional basada en la regla del “todo o nada”,

predominante en materia contractual y en cuyo contexto es necesario el vínculo causal existente entre el hecho dañoso y el perjuicio final. Oportuno indicar aquí que coexiste una dualidad de modos de reparación: por una parte el "todo o nada"; por la otra, la reparación proporcional, aplicable a supuestos de responsabilidad en casos de pérdida de oportunidad. En la primera, como se dijo, se requiere comprobar la relación de causalidad entre el hecho dañoso y el perjuicio final, mientras que en la reparación proporcional, aplicada a eventos de tipo médico-asistencial, ejercicio de la función pública o casos de administración de justicia, la pérdida de oportunidad constituye un daño autónomo –diferente del final–, es decir, no se repara el perjuicio final padecido sino proporcionalmente la negación de probabilidades que pudieron existir (Sentencia 25706, 2017).

Cabe también anotar que –según Medina Alcoz (2007, pág. 327 a 329)– la aplicación de esta teoría no es uniforme en todos los casos y varía según el respectivo sistema jurídico donde se haga efectiva; dice el mismo doctrinante que la teoría puede operar "con relajación probatoria o con rigurosidad probatoria. En la primera, aplicada en el derecho anglosajón, el estándar de certidumbre se encuentra en el 50%; En la segunda, utilizada en los sistemas de la Europa continental, el umbral de certeza es del 80%".

En esta misma línea de argumentación se inscriben planteamientos expuestos en trabajo de grado del abogado y también colombiano Santiago Diazgranados Mesa (2001), para quien la pérdida de oportunidad se presenta exclusivamente cuando el coeficiente de posibilidades de que aquel a quien se considera agente dañoso sí fuera causante del hecho, rebasa un mínimo despreciable aunque no llegue a los niveles que harían coincidir el daño ocasionado con la pérdida efectiva de la ventaja frustrada.

A su turno la colombiana Melba Luz Calle Meza, docente e investigadora en torno al tema, es partidaria de la tesis según la cual la pérdida de un chance debe ubicarse en el plano de la causalidad y no como modalidad autónoma de daño; no obstante, es interesante hacer hincapié en que también se ocupa de reseñar como características de esta última opción la coexistencia de un elemento de certeza y otro de incertidumbre, entendidos ambos como el punto de partida para determinar los requisitos que permiten considerar la pérdida de oportunidad como daño

indemnizable. Pero su postura conceptual apunta concretamente a afirmar que "la noción de pérdida de chance se debe ubicar en el plano de la causalidad", criterio a la luz del cual argumenta que esta figura aplica para

> … configurar una suerte de perjuicio intermedio que implica ignorar el daño final efectivamente sufrido (muerte, lesiones, incapacidad). Así, con el uso de esta herramienta jurídica se suelen superar los obstáculos probatorios mediante la invención de un nexo causal de carácter virtual que lanza la conducta dañina con ese nuevo tipo de perjuicio abstracto denominado pérdida de oportunidad (Calle M., 2013, pág. 132).

- **Postura que apunta a caracterizar la pérdida de oportunidad como daño autónomo:**

Ahora bien, a la luz de este segundo criterio se exponen a continuación algunas conceptualizaciones formuladas por los citados doctrinantes Francois Chabas y Luis Felipe Giraldo Gómez, a partir de planteamientos indicados en cada caso por los autores.

El francés Chabas ofrece significativas conceptualizaciones, de las cuales enseguida se presentan algunas:

El autor caracteriza la pérdida de oportunidad como aquella que impide "…obtener esa ventaja que se espera…", entendiéndola como "una forma especial de perjuicio" y no como "una simple posibilidad de rol causal". Manifiesta, además, que en materia de responsabilidad médico-asistencial se aplica esta figura "… cuando el paciente pierde, por ejemplo, una oportunidad de sobrevivir…", entendiéndose como perjuicio "…la desaparición de un simple potencial de oportunidades…" (2013, págs. 24-32).

Asimismo, plantea Chabas los siguientes rasgos comunes para caracterizar la pérdida de oportunidad:

a) Culpa del agente
b) La pérdida de una ventaja esperada

c) Una ausencia de prueba del vínculo de causalidad entre la pérdida de esa ventaja esperada y la culpa (Chabas, 2013, págs. 24, 25).

En cuanto a la caracterización concreta de la pérdida de oportunidad dice así Giraldo Gómez:

> … constituye un daño autónomo, con unas características particulares que lo definen, el cual se ve reflejado bien en la pérdida de la posibilidad de obtener una ganancia o beneficio, o bien en la pérdida de la posibilidad de evitar que se genere un evento desfavorable; frustración que en definitiva, faculta a quien la sufre a solicitar la reparación de los perjuicios que se le hayan ocasionado producto de esa pérdida.
>
> Se trata entonces de un daño cierto que debe ser indemnizado, pues a pesar de que en su estudio exista un halo de incertidumbre sobre si el resultado esperado se hubiera alcanzado, o si el perjuicio se hubiese podido evitar, lo cierto es que en este tipo de casos la oportunidad está perdida por completo, de tal manera que en estricto sentido, el daño no depende de acontecimientos futuros, adquiriendo la certeza que le permite ser catalogado como un daño indemnizable (Giraldo G., 2009, pág. 236).

El autor también expone consideraciones que aportan luces conceptuales y claridad respecto del tema, como las que enseguida se transcriben:

> … ni la doctrina ni la jurisprudencia han hecho una sistematización clara y detallada de los elementos que deben estudiarse para establecer si se ha producido un evento de pérdida de la oportunidad, lo que ha contribuido a que no se tengan parámetros unificados y precisos que permitan su constatación en cada uno de los eventos que se discuten en los estrados judiciales… (Giraldo G., 2011, pág. 55).
>
> … La figura de la pérdida de la oportunidad tiene en principio un halo de incertidumbre, el cual está representado en la imposibilidad de saber si la ganancia esperada se habría conseguido o se hubiese logrado evitar un daño (…) (…) No obstante dicha figura tiene también un halo de certeza, si se tiene en cuenta que, como consecuencia de la conducta de una persona, se han frustrado las esperanzas que la víctima tenía de optar por conseguir un beneficio o evitar un detrimento (Giraldo G., 2011).
>
> … es un tema que debe ser estudiado desde la esfera del daño, por ser ésta una situación negativa que ha hecho perder a quien la sufre, una oportunidad de obtener un resultado, o de evitar una pérdida, lo cual puede generar unas consecuencias nocivas en el patrimonio de la víctima.

Son muchísimas las conceptualizaciones de Giraldo Gómez sobre el tema, de ahí la imposibilidad de reseñarlas en su totalidad; no obstante, además de lo inmediatamente antes transcrito, se estima que los siguientes planteamientos son oportunos para reforzar ideas; así las cosas y atendiendo al citado doctrinante, se tiene que

> … el instrumento indicado para enfrentar situaciones en las que el paciente sufre un resultado negativo, cuya causa se desconoce, pero que claramente representa una pérdida, que puede serle imputada al médico, y que consiste en la disminución o desaparición de las esperanzas que el paciente tenía de obtener un resultado (Giraldo G., 2011, pág. 16).

Y en el ámbito específico de la definición Giraldo no duda en citar al argentino Jorge A. Mayo, quien en su obra titulada "El concepto de pérdida de chance" define en estos términos el respectivo concepto:

> 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.

Asimismo, en consonancia con autores como Annick Dorsner-Dolivet, René Savatier, Francois Delobbe et Charles Delvaux, Jorge Bustamante Alsina –a quienes hace referencia concretamente– el citado Giraldo Gómez expone que, no obstante las dificultades generadas con la aplicación de esta teoría,

> … existe una postura marcada sobre la aceptación de su aplicación en el ámbito del derecho, al punto de poder afirmar que para la mayoría de la doctrina gala, país donde se dio origen a su estudio, es hoy unánimemente admitido que la pérdida de una oportunidad (chance) constituye un perjuicio reparable (Giraldo G., 2011, pág. 4) .

Adicionalmente, en este mismo contexto y acogiendo planteamientos del propio Giraldo Gómez vale la pena aquí reseñar apartes pertinentes de dos trabajos de grado para optar al título de Magister, desarrollados por las colombianas Carolina Salazar Holguín y Nataly Tovar Cruz.

La primera de ellas basó su investigación en la hipótesis a cuyo tenor la teoría de pérdida de la oportunidad

> … no debe ser analizada en el marco de la causalidad sino en el del daño, donde debe ser considerada no solo como un tipo especial del mismo, sino como un perjuicio con características específicas, y diferenciable de las categorías tradicionales de lucro cesante, daño emergente y daño moral. (…) La pérdida de oportunidad es un daño autónomo que implica el menoscabo de un bien del que representa la ventaja final apetecida, constituye un interés legítimo objeto de tutela dentro del ordenamiento jurídico y que además, cumple con los requisitos de ser cierto, personal, directo y antijurídico y, en consecuencia, resarcible (…) no debe enmarcarse dentro de ninguna de las categorías tradicionales de perjuicio sino que debe ser considerado como un tipo de daño emergente sobre bienes a través del cual se debe indemnizar la oportunidad perdida en sí misma que es la afectación que sufre el patrimonio de la víctima (Salazar H., 2013).

En el mismo marco conceptual de la teoría de la pérdida de oportunidad como daño autónomo, Tovar Cruz expone el siguiente planteamiento:

> … se debe establecer que se repara un daño no consolidado a partir de una situación inexistente que, de conformidad con las probabilidades con las que cuente el accionante dentro del proceso, será en mayor o menor porcentaje pero siempre inferior a la situación en concreto, deseada por el afectado con el daño, que en sí misma es cierta y nunca podrá volverse realidad. (…) La pérdida de oportunidad, pues, se mueve en el campo del daño y no en el de la causalidad, pues debe diferenciarse entre dos tipos de daños y dos tipos de nexos: Los primeros, atinentes al daño que hace perder la situación en sí misma deseada y a la causalidad con la conducta del agente del daño y, los segundos, relacionados con la pérdida de la esperanza o expectativa de obtener lo planeado por la víctima y el nexo con la acción causante del daño, daño y relación causal últimos éstos que son los imprescindibles en la teoría de la pérdida de chance (Tovar C., 2015, págs. 159-160).

Hasta aquí una revisión puntual y pertinente sobre conceptualización y posturas doctrinales en torno a la naturaleza y alcances de la teoría de la pérdida de oportunidad, cuya aplicación en el medio colombiano opera sobre todo en eventos de responsabilidad médico-asistencial. Desde la perspectiva formal de la exposición, el contenido y desarrollo del numeral siguiente se ocupará de los elementos que estructuran la pérdida de oportunidad como daño autónomo en tales eventos –siendo esa la postura conceptual asumida por la autora de esta monografía–, a efectos de una cada vez más correcta aplicación, procedencia, interpretación y análisis de la figura en

comento, y también con el fin de aportar cierta dosis de conocimiento y seguridad jurídica en favor de las víctimas.

3.2.2 En la jurisprudencia del Consejo de Estado

La figura de pérdida de la oportunidad se ha aplicado en Colombia sobre todo respecto de contratación pública y de responsabilidad médico-sanitaria estatal, y su desarrollo proviene básicamente de la jurisprudencia contencioso-administrativa emanada del Consejo de Estado. En el transcurso del tiempo este alto organismo no siempre ha adoptado la misma postura conceptual en torno al tema de la pérdida de oportunidad como daño autónomo, toda vez que no ha habido hasta ahora consenso definitivo entre los Consejeros; al respecto plantea Herrera Montañez (2016, pág. 86) que la tesis mayoritaria es que la pérdida de oportunidad corresponde a un daño autónomo, no obstante lo cual en ciertos casos se apoya la tesis de que esa pérdida se debe estudiar en el nexo de causalidad. Es evidente, entonces, que hay contradicciones en las disposiciones de este organismo, y más teniendo en cuenta que algunas Sentencias soportan las dos posturas acerca de la figura de pérdida de oportunidad o "Loss Chance". Así las cosas, respecto del tema no se advierte coherente ni congruente la posición jurisprudencial del Consejo de Estado. Además, lo dicho se ilustra aquí con base en el rastreo de Sentencias pertinentes a partir del año 2010, con varios casos resueltos por las diferentes Subsecciones de la Sección Tercera y que permiten una visión objetiva y clara sobre el criterio de dicha Corporación. Desde esta perspectiva, a continuación se reseñan algunos fallos representativos, dando cuenta de los pormenores considerados como significativos.

a) Sentencia 18593 del 11 de agosto de 2010, Sección Tercera. Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez. En esta oportunidad resolvió la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 2 de diciembre de 1999, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda invocando pérdida de oportunidad. Dicho Tribunal denegó las pretensiones de la demanda, por considerar que al paciente sí se le suministró la atención médica respectiva –contrario a lo sostenido por la parte demandante– y además porque concluyó, con fundamento en

el acervo probatorio del proceso, que dicha atención fue adecuada, razón por la cual no podía predicarse falla alguna en la prestación del servicio médico asistencial (fls. 136 a 146 cdno 1).

Sobre el tema específico objeto de estudio se afirmó en este fallo que la estructuración de la pérdida de oportunidad requiere de la certeza respecto de la existencia de la oportunidad perdida, la imposibilidad definitiva de obtener el provecho y la situación potencialmente apta de la víctima para pretender la consecución del resultado esperado.

Otras afirmaciones relativas a pérdida de oportunidad están contempladas en el numeral 2 de las Consideraciones y aluden a aspectos como los siguientes:

- Las expresiones “chance” u “oportunidad” son próximas a otras como “ocasión”, “probabilidad” o “expectativa” y todas comparten el común elemento consistente en remitir al cálculo de probabilidades, en tanto se involucran un territorio ubicable entre lo actual y lo futuro, entre lo hipotético y lo seguro o entre lo cierto y lo incierto, a una zona limítrofe vinculada a una situación derivada de un comportamiento antijurídico que interfirió en el curso normal de los acontecimientos, impidiendo saber si el afectado por ese comportamiento, en caso de éste no haber ocurrido, habría o no logrado la ganancia esperada o evitado la pérdida sufrida.

- De este modo, es claro, se ha cercenado con carácter irreversible una expectativa o probabilidad de ventaja patrimonial, porque dicha oportunidad perdida era en sí misma un interés jurídico que 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.

- La pérdida de oportunidad es una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que no habiendo mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio; y la incertidumbre, definitiva ya, acerca de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la

oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiera evitado; en otras palabras, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento. Por esta razón se requiere, ante todo, como en cualquier caso de daño patrimonial, una operación de cálculo, comparando la situación real del patrimonio después del evento dañoso y el estado imaginario que podría haber presentado si este último no hubiese sucedido.

- Precisando los alcances de la "pérdida de oportunidad" se identifican con la mayor claridad posible sus límites: de un lado, en caso de que el "chance" sea una posibilidad muy vaga y genérica, será solo un daño hipotético o eventual no indemnizable; de otro lado, lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma, no el beneficio esperado ni la pérdida que pretendía eludirse, los cuales son rubros distintos del daño. Por tanto, la oportunidad desvanecida no equivale a la pérdida de lo que estaba en juego, sino a la frustración de la probabilidad que se tenía de alcanzar el resultado anhelado.

b) Sentencia 20097 del 26 de mayo de 2011, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, Subsección A. Consejero Ponente doctor Hernán Andrade Rincón.

El fallo reitera la cláusula general de responsabilidad estatal consagrada en el artículo 90 superior, y al respecto expone que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables por acción u omisión de las autoridades públicas; señala, además, que para declarar responsabilidad estatal deben concurrir estos dos presupuestos: (i) la existencia de un daño antijurídico y (ii) que ese daño antijurídico le sea imputable a la entidad pública, bajo cualquier modalidad de atribución de responsabilidad, por ejemplo falla del servicio, daño especial, riesgo excepcional y afines.

El numeral 4 de las Consideraciones se ocupa del régimen de responsabilidad aplicable en el caso concreto sobre responsabilidad de los establecimientos prestadores del servicio de salud. Al respecto dice literalmente:

> … esta Sección ha establecido que el régimen aplicable es el de falla del servicio, realizando una transición entre los conceptos de falla presunta y falla probada, constituyendo en la actualidad posición consolidada de la Sala en esta materia aquella según la cual es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria.

Y en cuanto a daño antijurídico e imputación jurídica, la Sala reitera jurisprudencia precedente a partir de 1991; señala que el primero no tiene definición concreta en el ámbito colombiano sino que ésta proviene de doctrina española, y en cuanto a la segunda, que corresponde a la atribución que del daño antijurídico sufrido se hace a la entidad pública generándose para ésta la obligación de responder y reparar tal daño. En palabras textuales:

> El concepto de daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples Sentencias desde 1991 hasta épocas más recientes, como el perjuicio provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. (…) La Imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y por el que, por lo tanto, en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de los regímenes de responsabilidad, esto es, del subjetivo (falla en el servicio) u objetivo (riesgo excepcional y daño especial).

c) Sentencia 25869 del 25 de octubre de 2013. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero.

- El fallo se ocupó del tema de pérdida de oportunidad como daño autónomo, cuya reparación es independiente del daño final causado a la víctima: en el caso presente un individuo a quien se le amputó una de sus extremidades inferiores como consecuencia de accidente de tránsito. Estudiados a fondo los hechos, la Sección concluyó que el desenlace era previsible, aun en el entendido de que el procedimiento médico brindado no derivó en contratiempo alguno. Adicionalmente, según la providencia, este tipo de daño por pérdida de oportunidad surge cuando por la actuación de la administración se reduce la expectativa que pudo haber tenido la víctima de padecer una pérdida menor; y expone que se dan eventos de este tipo cuando pese a las pruebas aportadas al proceso no es posible establecer nexo causal entre la actuación de la autoridad estatal y la afectación concreta sufrida por el demandante.

- Por otra parte, desde la perspectiva funcional, la Sentencia indicó que la cuantificación del daño por parte del fallador requiere de análisis estadístico a la valoración del material probatorio, ante la imposibilidad de atribuir al causante del perjuicio toda la responsabilidad por la afectación padecida por el accionante. Estableció que los diversos procedimientos asistenciales se aplicaron técnicamente y atendiendo a las necesidades del estado del paciente, pese a lo cual también conceptuó que ciertas demoras excesivas en algunos momentos dieron lugar a que la víctima perdiera la oportunidad de prolongar su expectativa de superar del mejor modo las inconsecuencias del lamentable hecho.

- Y en términos de la responsabilidad administrativa el fallo fue claro al indicar que en el caso presente no se configuró por haber perdido la víctima una de sus extremidades inferiores, sino porque la actuación de la administración y ciertas circunstancias del proceso médico-asistencial redujeron para el afectado su esperanza de no sufrir una pérdida de tan amplias dimensiones.

d) Sentencia 34921 del 5 de marzo de 2015. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B. Consejero Ponente doctor Ramiro Pazos Guerrero. Trata del caso de una persona que fue impactada por un proyectil que le produjo deformidades en su rostro que alteraron su movilidad facial. Uno de los especialistas adscrito al Instituto de Seguros Sociales ordenó la práctica de una cirugía para tratar de recuperar el movimiento, sin embargo, no fue practicada por falta de una remisión oportuna. Posteriormente, se materializó la referida remisión y la "Junta de Cirugía Plástica de la Clínica San Pedro Claver" conceptuó que ya no era posible su realización por el tiempo trascurrido desde el acaecimiento de los hechos. Esta providencia estableció en estos términos el alcance de la pérdida de la oportunidad: "En la doctrina y la jurisprudencia se ha concebido la pérdida de oportunidad, bien como una modalidad autónoma de daño, o bien como una técnica de facilitación probatoria en los casos de incertidumbre casos de incertidumbre causal en los cuales resulte para la víctima una carga excesiva la demostración del nexo entre el daño que padece y la actuación de la entidad a la que se lo imputa y solo logre demostrar que dicha relación es probable, pero no cierta o segura. Frente a esta discusión retórica, la Sala se ha inclinado por la primera y ha adoptado el criterio conforme al cual la pérdida de oportunidad no es una herramienta para facilitar la prueba del nexo causal sino un

daño autónomo, con identidad propia e independiente, que consiste en el quebrantamiento de un bien jurídico tutelado de recibir un beneficio o de evitar un riesgo". También se definieron las principales características de la pérdida de oportunidad así: "(i) debe constituir una probabilidad seria y debidamente fundada, que permita afirmar la certeza del daño y no una mera posibilidad, vaga y genérica, que no constituye más que un daño meramente hipotético o eventual; (ii) lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o la pérdida que se pretendía eludir; (iii) la medida del daño será proporcional al grado de probabilidad que se quería alcanzar con el beneficio"

En lo pertinente y en materia de responsabilidad médica, el fallo precisa planteamientos como los siguientes:

- Cuando se pretende la indemnización de los daños derivados de la omisión o tardanza de las entidades obligadas a prestar los servicios médicos, debe quedar acreditado no el resultado final de la lesión o enfermedad que originó la solicitud de atención, sino la existencia de la probabilidad que tenía el paciente de recuperar su salud o preservar su vida, y que esa expectativa se perdió en forma definitiva como consecuencia de la actuación imputable a la entidad. El grado de probabilidad que tenía el paciente de lograr el beneficio será, entre otros factores, el que determine la indemnización.

- En el numeral 4.1 del Análisis se exponen consideraciones como las siguientes: a) en este caso se trata de responsabilidad patrimonial imputable al Estado por la prestación del servicio médico, calificado por la parte actora como omisivo o tardío y no por fallas derivadas del acto médico en sí mismo; la Sala opta por referirse de manera sucinta a los criterios sobre pérdida de oportunidad desarrollados jurisprudencialmente; en tal sentido, indica que se ha concebido dicha pérdida, bien como modalidad autónoma de daño, o bien como técnica de facilitación probatoria en los casos de incertidumbre causal, en los cuales resulte para la víctima una carga excesiva demostrar el nexo entre el daño que padece y la actuación de la entidad a la que se lo imputa, y que solo logre demostrar dicha relación como probable, pero no cierta o segura.

De lo expuesto se infiere la posición de la Sala al inclinarse por el primero de tales criterios, esto es, la pérdida de oportunidad como daño autónomo, con identidad propia e independiente, consistente en el quebrantamiento de un bien jurídico tutelado por no haber recibido un beneficio o no haber logrado evitar un riesgo. Todo ello pese a que la víctima se hallaba en situación de obtener un provecho, ganancia o beneficio, o de evitar una pérdida.

El fallo hace hincapié en distinguir entre el daño consistente en la pérdida de la ganancia o la materialización del perjuicio que se pretendía evitar (en el caso de responsabilidad médica, la muerte del paciente o el desmejoramiento de sus condiciones de salud), y el daño producido por la pérdida de la probabilidad de obtener ese provecho o de eludir el detrimento.

Adicionalmente señala: las dificultades que implica la teoría de la pérdida de oportunidad no deben ser soslayadas, pero tampoco pueden constituir obstáculos infranqueables que impidan el reconocimiento de la indemnización de ese daño antijurídico, en especial cuando lo que se frustra como consecuencia de la omisión o tardanza de las entidades obligadas a brindar un adecuado servicio de salud, es la probabilidad que tenían los pacientes de lograr preservar su vida o de mejorar sus condiciones.

e) Sentencia 32297 del 12 de marzo de 2015, Sección Tercera, Subsección A. Consejero Ponente doctor Hernán Andrade Rincón. El caso analizado trata de persona ingresada al servicio de urgencias de una red hospitalaria como consecuencia de accidente de tránsito; se le diagnosticó fractura de miembros inferiores y se ordenó hospitalización, la cual duró 15 días aprox. Durante este período presentó vómito en cuatro ocasiones, el primero de color café y el último, causa de la muerte, de color negro; el paciente también presentaba cuadro anémico, signo de una úlcera gástrica, sintomatología no atendida por el personal tratante, que concentró sus esfuerzos en la lesión ortopédica pasando por alto que la atención en salud debe ser integral.

Este fallo retomó referencialmente pronunciamiento del año 2011 que en su momento precisó con claridad la naturaleza de la pérdida de oportunidad, en estos términos:

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

Cabe destacar que la pérdida de oportunidad se consideró aquí como un perjuicio autónomo y diferente del daño final, en este caso la muerte.

Frente al caso sub-examine también expuso el fallo en comento:

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

En relación con los perjuicios generados por la Administración por omitir en favor del paciente la oportunidad de recibir tratamiento idóneo para la lesión gástrica padecida, se reconoció una suma genérica por el daño ocasionado. También se ordenó la reparación, en la modalidad de perjuicios morales, por el sufrimiento causado por el despojo de la posibilidad de haber recibido el tratamiento adecuado. No se reconoció indemnización por perjuicios materiales, ya que estos se derivan directamente del resultado final.

f) Sentencia 38267 del 31 de mayo de 2016, Sección Tercera. Consejero Ponente doctor Danilo Rojas Betancourth. La síntesis de su contenido es como sigue: Definición y caracterización del daño por pérdida de oportunidad, definiéndose el daño como el cercenamiento de una ocasión aleatoria que tenía una persona de obtener un beneficio o de evitar un deterioro. en el caso de la posibilidad benéfica, si bien no es posible vislumbrarla con toda certeza y sin margen de duda que se hubiese materializado y en la situación favorable esperada, no se puede desconocer que existía una probabilidad considerable de haberse configurado la

misma. La pérdida de oportunidad se califica como daño autónomo, que no siempre denota vulneración de un derecho subjetivo, ya que la esperanza de obtener un beneficio o de evitar una pérdida mayor son bienes jurídicamente protegidos, cuya afectación debe limitarse a la oportunidad en sí misma, con exclusión del resultado final incierto, es decir, no limitarse al beneficio esperado o a la pérdida que pretendía eludirse, los cuales constituyen otros tipos de daño. Dice también el fallo que para indemnizar la pérdida de una oportunidad se requiere que la ocasión sea cierta y exista, no una posibilidad genérica que no sería nada distinto a un daño hipotético o eventual no indemnizable; de ahí que para acreditar la existencia del daño el demandante deberá probar que "el no haber podido obtener la ventaja que esperaba es consecuencia de no haber gozado de la oportunidad que normalmente le habría permitido obtenerla". Finalmente, para considerar la pérdida de oportunidad como daño indemnizable se requieren: certeza sobre la existencia previa de una oportunidad que se pierde, aunque la misma involucre un componente aleatorio; imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento; y que la víctima debía encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender lograr el resultado esperado.

Esta providencia formula planteamientos del siguiente tenor:

- Distinción entre daño y pérdida de oportunidad, indicando que el primero consiste en la imposibilidad definitiva de obtener un beneficio o de evitar un perjuicio, caso en el cual el objeto de la indemnización es el beneficio dejado de obtener o el perjuicio que no fue evitado. Y la segunda –esto es, la pérdida de una probabilidad– que, aunque existente, no garantiza el resultado esperado, pese a que el interesado estaba dispuesto a la obtención del mismo en un porcentaje que constituiría el objeto de la indemnización.

- La procedencia indemnizatoria de la pérdida de una oportunidad implica que el hecho exista y sea cierto; frente a una posibilidad muy genérica solo sería un daño hipotético o eventual, no indemnizable en ningún caso. Bajo este criterio, para acreditar eficazmente la existencia del daño el demandante deberá probar que "no haber podido obtener la ventaja que esperaba es consecuencia de no haber gozado de la oportunidad que normalmente le habría permitido obtenerla".

- Adicionalmente, en su aparte correspondiente el fallo expone los requisitos para considerar la pérdida de oportunidad como daño indemnizable, así:

1. Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma involucre un componente aleatorio.
2. Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento.
3. La víctima debe encontrarse en situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, es decir, debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento del hecho dañino, en una situación fáctica y jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugna.

g) Sentencia 25706 del 5 de abril de 2017, Sección Tercera. Consejero Ponente doctor Ramiro Pazos Guerrero. El contenido del fallo se sintetiza así: Naturaleza de la pérdida de oportunidad en materia de responsabilidad médica. Se establece que, en adelante, la falta de seguridad o aleatoriedad del resultado esperado, la certeza de la existencia de una oportunidad y la evidencia de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima, serán determinantes para configurar el fundamento de la pérdida de oportunidad; nueva postura según la cual, contrario a lo que venía predicándose jurisprudencialmente hasta entonces, el estado de idoneidad de la víctima no será más un elemento sino un criterio para analizar la atribución de responsabilidad y, por ende, su estudio deberá abordarse al momento de dilucidar la imputación. Por otro lado, el alto tribunal también sistematizó algunos parámetros mínimos para orientar a los jueces al momento de fijar la cuantía del daño por pérdida de oportunidad en los casos de responsabilidad médica.

- Se enfatizó en esta oportunidad sobre la diferencia entre el daño consistente en la imposibilidad definitiva de obtener un beneficio o de evitar un perjuicio, y la pérdida de una probabilidad, afirmando que en el primer caso el objeto de la indemnización es el beneficio dejado de percibir o el perjuicio no evitado; y en el segundo evento lo es la pérdida de una probabilidad que, aunque existente, no garantizaba el resultado esperado, pese a que abría la puerta a su obtención en un porcentaje que es el objeto y monto de la indemnización.

- Además, en este fallo el alto organismo se ocupó de reconfigurar y reordenar los elementos de la pérdida de oportunidad como daño autónomo, estableciendo que en adelante serían los siguientes:

- Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado: esto es, la incertidumbre sobre si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o a evitar: la Sala considera el requisito de la "aleatoriedad" del resultado esperado como factor de gran incidencia respecto de la indemnización, porque si se trata de la infracción a un derecho cierto que iba a ingresar al patrimonio de la víctima o frente al cual se debía evitar un menoscabo, la indemnización sería total, mientras que si es solo respecto de la expectativa cierta y razonable de alcanzar o evitar un resultado final la posibilidad truncada se indemniza en menor proporción.
- Certeza sobre la existencia de una oportunidad: la expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de "una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente" de que si no hubiera ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o evitar el detrimento correspondiente.
- Certeza de que la posibilidad de lograr el beneficio o evitar el perjuicio se extinguieron irreversiblemente: pero si el beneficio final o el perjuicio eludido aún dependen de una condición futura que conduzca a obtener aquél o a evitar éste, no podría afirmarse que la oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún lograda o evitada y, por tanto, se trataría de un daño hipotético o eventual no indemnizable.

El fallo también sistematizó algunos parámetros mínimos orientadores al momento de fijar la cuantía del daño por pérdida de oportunidad en eventos de responsabilidad médica, así:

- El fundamento del daño sobre el cual se erige el resarcimiento radica en la expectativa legítima truncada; de ahí que su estimación será inferior a la que procedería si se indemnizara el perjuicio final, es decir, la muerte o la afectación a la integridad física o psicológica, y proporcional al porcentaje de posibilidades que tenía la víctima de sobrevivir o de mejorar sus condiciones de salud.

- La expectativa se cuantificará porcentualmente, entre dos límites: inferior al 100 % y superior al 0 %, ya que por tratarse de una probabilidad no podría ser igual o equivalente a ninguno de los dos extremos.
- No procede indemnizar la pérdida de oportunidad como perjuicio independiente resarcible por fuera del concepto de perjuicios materiales, inmateriales y daño a la salud; hacerlo conduciría a desconocer el objeto primordial de la responsabilidad, esto es, el principio de reparación integral.
- Tampoco es procedente indemnizar este daño por el porcentaje de probabilidades que resulten de la acreditación del vínculo causal entre la falla y el daño final.
- El porcentaje de probabilidades de la expectativa legítima truncada debe establecerse a través de los diferentes medios de prueba que obran en el proceso. No obstante, si fuere imposible determinar dicho porcentaje, el juez declarará en abstracto la condena y fijará los criterios necesarios para que, mediante un trámite incidental, se realice la cuantificación del perjuicio, o bien, se acudirá a criterios de equidad.
- Si no es posible fijar científica y técnicamente el porcentaje de probabilidades, la cuantificación del porcentaje se determinará excepcionalmente en un 50%, como sucede en otros ordenamientos jurídicos, criterio aplicable para liquidar perjuicios materiales e inmateriales.

h) Sentencia 40387 del 3 de agosto de 2017. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Sub-Sección B. Consejero Ponente doctor Ramiro Pazos Guerrero. El fallo se ocupa de resolver en segunda instancia la demanda de reparación directa por responsabilidad estatal, mediante la cual se pretendía reparación de los perjuicios sufridos por los demandantes como consecuencia de la muerte de la menor Leydi Viviana Figueroa Montilla, ocurrida el 13 de octubre de 2001; dicha demanda se presentó ante el Tribunal Administrativo del Cauca el 29 de septiembre de 2003, esto es, dentro de los dos años que establece el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, tal como fue modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998. El problema jurídico objeto de trámite en el alto Tribunal refiere que los demandantes atribuyen el daño sufrido con la muerte de la niña Leydi Viviana, su hija, al hospital Susana López de Valencia E.S.E., por no haberle brindado la atención requerida y, en consecuencia, haberle hecho

perder la oportunidad de salvar su vida; en consecuencia, solicitaron aplicar como precedente la sentencia proferida por la Sección Tercera el 15 de junio de 2000, Expediente 12548.

En este fallo el alto organismo ratificó jurisprudencia relativa al factor de falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, precisamente uno de los elementos que configuran el daño por pérdida de oportunidad. El respectivo planteamiento se plasmó en estos términos:

- El numeral 15.3 destaca que para determinar si se está frente a un daño por pérdida de oportunidad debe establecerse que al momento de ocurrir el hecho dañoso efectivamente el titular de la expectativa legítima afrontaba una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de evitar un perjuicio no deseado. La oportunidad debe ubicarse en un espacio caracterizado por no existir certeza de que su resultado habría beneficiado a su titular, pero tampoco en el que sólo exista la conjetura de una mera expectativa de realización o evitación. Si hay certeza sobre la materialización del resultado final, no es posible hablar del daño consistente en la pérdida de oportunidad sino de la privación de un beneficio cierto, o si se trata de una mera conjetura o ilusión, tampoco habría lugar a dicha pérdida por carecer en ambos casos de la fuerza requerida para convertirse en una probabilidad razonable de alcanzarse o evitarse el esperado resultado. De este modo, el requisito de “aleatoriedad” del resultado esperado tiene enormes incidencias en el plano de la indemnización, ya que si se trata de la infracción a un derecho cierto que iba a ingresar al patrimonio de la víctima o frente al cual se debía evitar un menoscabo, su indemnización sería total, mientras que si el truncamiento es solo respecto de la expectativa cierta y razonable de alcanzar o evitar un resultado final, la posibilidad truncada se indemniza en menor proporción ...

- Y conforme al numeral 15.3.1, es claro que la falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, consistente en la obtención de un beneficio o en haber evitado un perjuicio, es el primer elemento para proceder a estudiar los otros exigidos para configurar la pérdida de oportunidad.

En definitiva, una vez analizados a fondo los pormenores del caso y vistas las pruebas, el fallo confirmó la decisión de primera instancia y nuevamente fue adverso para los demandantes

toda vez que la Sala no consideró que se dieron las condiciones para configurar pérdida de oportunidad y, por tanto, imputar responsabilidad al Estado representado en la persona jurídica del Hospital Susana López de Valencia E.S.E.

3.3 REQUISITOS QUE CONFORMAN LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD COMO DAÑO AUTÓNOMO PARA ESTRUCTURAR RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN MATERIA MÉDICO-ASISTENCIAL

Al tenor de la figura de Sentencias de unificación contemplada en el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011, y con apenas un lustro de estar funcionando los juzgados administrativos, la Sala Plena del Consejo de Estado emitió varios pronunciamientos orientados específicamente a clarificar y unificar criterios, conceptos y el quantum de los perjuicios que en adelante serían objeto de reconocimiento por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa mediante la figura de pérdida de oportunidad; lo dicho, a efectos de privilegiar derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, tales como la igualdad de trato y la seguridad jurídica, así como la condición predictible de las decisiones administrativas y judiciales, sin suprimir el arbitrio judicial para algunos casos que no se incluyeron en las pautas definidas.

Dentro de todo este contexto debe tenerse muy en cuenta que a partir de la Carta Política de 1991, la responsabilidad administrativa no solamente es de carácter subjetivo y para casos donde queda probada la conducta antijurídica –por culpa, dolo o falla en la prestación del servicio (art. 90 superior, que incluye la acción de repetición)–, sino que además implica el compromiso estatal de responder por todos aquellos daños patrimoniales o extrapatrimoniales causados a cualquier ciudadano sin que para éste haya razón jurídica y justificada de tolerarlo. Desde este punto de vista, se entiende además que la responsabilidad patrimonial estatal no es tanto simplemente objetiva, pero –acatando reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional expuesta en algunos de sus fallos pertinentes, entre los cuales, por citar solo unos ejemplos, las Sentencias C-333 de 1996, C-644 de 2011, C-957 de 2014, C-286 de 2017– que en todo evento dicha responsabilidad sí deberá apoyarse en la existencia previa de un daño antijurídico que da lugar a la respuesta estatal eficaz por toda acción u omisión en que haya incurrido y con ella pudiere haber causado un daño o carga a un individuo, sin que –como arriba se dijo– éste

estuviera llamado a soportar el hecho. Al respecto se estima oportuno destacar que ambas modalidades de responsabilidad (subjetiva u objetiva), involucran siempre un daño antijurídico; daño que en uno y otro evento la Administración no está legitimada para producirlo ni el ciudadano obligado a padecerlo, generándose en favor de este último la forzosa indemnización, que en situaciones similares debe tasarse bajo los mismos parámetros.

Ya de tiempo atrás el Consejo de Estado manifestaba su posición frente al tema de la responsabilidad patrimonial estatal. En Sentencia del 8 de junio de 1999, Consejero Ponente doctor Daniel Suárez Hernández, señalaba el alto organismo que el fundamento normativo de la responsabilidad patrimonial del Estado es el artículo 90 de la Carta Política; que dicha responsabilidad es objetiva derivada del daño antijurídico causado, independiente de dolo, culpa o falla, caracteres subjetivos que podrían presentarse o no para configurar el daño en un determinado evento. Lo dicho, además, en consonancia con los principios del Estado Social de Derecho consagrados en el mandato superior, cuyo artículo 13 establece la igualdad de todas las personas ante la ley y su derecho al trato igualitario tratándose de situaciones similares; condiciones ambas que respecto del daño antijurídico y la pérdida de oportunidad como consecuencia del mismo, se materializan en una indemnización efectiva e igualitaria y en mecanismo protector de los ciudadanos frente a cualquier actividad estatal que por acción u omisión lesionare sus intereses, surgiendo así la obligación reparadora indemnizatoria como responsabilidad patrimonial estatal por la lesión también patrimonial injustificadamente causada a una persona en el ejercicio de una función pública (Esguerra P., 2004).

Ahora bien, en cuanto a la pérdida de oportunidad se ha dicho reiteradamente que es un daño representado en la frustración para su víctima, de la “posibilidad” de obtener una ganancia o beneficio o de evitar un evento desfavorable. Precisamente –afirma Giraldo Gómez– lo dicho ofrece varios rasgos comunes que deben verificarse al momento de valorar judicialmente este tipo de situaciones para establecer si se está o no frente a una pérdida de la oportunidad que amerite indemnización. Sin embargo, dice también el autor, no se dispone doctrinal ni jurisprudencialmente de una recopilación clara y detallada de los elementos que deben estudiarse para poder reconocer si realmente ha habido pérdida de la oportunidad en un determinado evento, situación tal que ha contribuido a errores y deficiencias en la aplicación de esta figura,

por carecer de referentes unificados y precisos que permitan constatar dicha pérdida en los distintos casos, particularmente en aquellos relativos a responsabilidad médica. Vale destacar que en eventos de este último tipo

> … el régimen de responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por la prestación de servicios médico asistenciales no es un modo de distribuir socialmente los daños, sino una manera de atribuir responsabilidad a quien le corresponde por haberlos causado. Así pues, la distribución de emolumentos que se hace por razones de solidaridad sin discutir la causalidad es verdadera asistencia (seguridad) social, mientras que aquellas retribuciones que se disponen tras haber hallado la relación causal entre el acontecimiento generador a cargo del demandado y el daño son, en estricto sentido, declaraciones de responsabilidad. **La discusión referida al nexo causal para poder atribuir responsabilidad patrimonial resulta, por consiguiente, ineludible.** (Sentencia 14.957, 2006) (Negrilla fuera de texto).

Atendiendo a los planteamientos hasta aquí expuestos, enseguida se abordarán desde dos perspectivas los elementos que en términos generales se consideran como características propias de la pérdida de oportunidad. En el primer caso y en consonancia con Giraldo Gómez, para establecer situaciones que encajan dentro del ámbito de aplicación de esta teoría, básicamente consistente en una nueva modalidad de la teoría de causalidad: causalidad de hecho, de uso en el marco procesal contencioso administrativo y que se materializa cuando no logran encontrarse razones que permitan imputar objetivamente el daño; desde esta perspectiva, por tanto, puede afirmarse que se trata de dos modelos teóricos diametralmente opuestos, en tanto la pérdida de oportunidad busca argumentos para condenar al agente aun si su actuación no se presenta como condición necesaria del daño, mientras que la imputación objetiva "… introduce valoraciones normativas para negar la responsabilidad civil en casos en que ha quedado acreditada la causalidad física". Y también desde una segunda perspectiva, que a juicio personal de quien escribe representa un punto de vista más concreto y eficaz al momento de resolver jurídicamente situaciones de responsabilidad estatal que involucran la debida satisfacción de los requisitos previstos, al tiempo que aporta elementos idóneos para contribuir en la búsqueda y comprensión de los diferentes factores que conforman la pérdida de oportunidad como daño autónomo (Rojas Q., 2018).

3.3.1 Requisitos contemplados desde la primera perspectiva planteada

Para que sea posible hablar de daño por pérdida de oportunidad se manejan ciertos requisitos asumidos como condiciones que deben acreditarse en su totalidad (Giraldo G., 2009, pág. 240), a saber: aleatoriedad del resultado esperado, la situación potencialmente apta de la víctima para conseguir lo que se buscaba, imposibilidad definitiva de obtener lo que se pretendía y el necesario nexo de causalidad entre la conducta investigada y la oportunidad perdida (pág. 196). A continuación se desglosa el respectivo contenido conceptual teniendo en cuenta que, como antes se dijo, se trata de factores que permiten establecer situaciones que encajan en el ámbito de aplicación de esta teoría.

3.3.1.1 Aleatoriedad del resultado esperado. Se estima que es el primer requisito por abordar en estos casos, elemento *sine qua non*, y el más estudiado doctrinalmente. El punto de partida es la definición del término "aleatorio" ofrecida por el Diccionario de la Real Academia Española (RAE, 2017), y por otras publicaciones del mismo género: factor ajeno a cualquier pauta definida, asociado a todo proceso cuyo resultado solo es previsible en virtud de la intervención del azar y que en ningún caso puede establecerse antes de que se produzca.

Tratándose de pérdida de oportunidad, la condición de expectativa futura es aplicable al beneficio esperado y/o al detrimento que pudo evitarse toda vez que la ocurrencia de ambas situaciones es incierta, fortuita, sometida a un alea susceptible de producirse o no; de hecho, el alea es la característica prioritaria, a partir del cual se genera para la víctima la posición esperanzada de que tal condición aleatoria se produzca, obteniendo en tal caso el beneficio previsto o evitando la pérdida. En este sentido resulta oportuno el planteamiento de Chabas cuando afirma: "Lo que le da especificidad a este asunto es que el perjuicio no es la pérdida de una "ventaja esperada" (sobrevivir, ganar un proceso judicial) sino la pérdida de la oportunidad de obtener esa ventaja que se espera. El áleas es la característica de hecho de la noción…" (pág. 69); aleas a su vez representado en la verificación de múltiples factores que en conjunto pueden llevar a la materialización de esa esperanza a partir de diversas situaciones respecto de las cuales el azar se encarga de decidir si se concreta o no dicha esperanza, si se presenta o no pérdida de oportunidad. En tal caso, dice Tamayo Jaramillo (pág. 359) , "hablamos de pérdida de una

oportunidad cuando la víctima está en una situación en la que el hecho del agente le impide tener la posibilidad de que el azar le otorgue un beneficio o le evite un daño. Las condiciones están dadas de tal manera que es igualmente lógico y esperable que el beneficio se obtenga o no".

De ahí la importancia de tener en cuenta la aleatoriedad que permite verificar si la ventaja esperada dependía del alea, y de este modo proseguir con el proceso incoado por la víctima; de lo contrario se da por terminado el caso puesto que no se configura la pretendida pérdida de oportunidad ni se presenta la característica de aleatoriedad del resultado buscado.

Ahora bien, tratándose de falta de consentimiento informado que en materia médico-asistencial puede dar lugar a responsabilidad del o los profesionales tratantes, se considera que tal hecho no puede tratarse como un evento de pérdida de oportunidad, puesto que el resultado esperado –esto es, la posibilidad de decidir si se somete o no al paciente a una intervención o procedimiento–, no es una circunstancia dependiente del azar sino perteneciente única y exclusivamente al fuero interno del paciente, de modo tal que se omite de hecho el alea necesario en este tipo de eventos. Tampoco en tales casos debiera adoptarse la pérdida de oportunidad como fundamento para resolver lo relativo a incertidumbre causal en procesos de responsabilidad civil médica; por el contrario, hay abundante evidencia para demostrar que el tema debe estudiarse en términos de daño y no de imputación (Giraldo G., 2009, pág. 89) . Esto último, sobre todo teniendo en cuenta las dificultades que en la práctica habrían de afrontarse al pretender aplicar la teoría de la imputación como solución frente al problema de buscar y encontrar en cada proceso al autor del respectivo daño. Precisamente en este contexto destaca Giraldo Gómez la pertinencia de analizar "… si es correcto considerar a la doctrina de la pérdida de la oportunidad como un mecanismo para relevar al demandante de la carga de la prueba del nexo de causalidad" así como la indemnización de perjuicios no directamente relacionados "con la falla imputada, como sería el caso de la denominada 'pérdida de la oportunidad de decidir'" (2009, págs. 89-90).

Acerca de si es o no correcto asumir la pérdida de oportunidad como mecanismo que libera al demandante de demostrar el nexo de causalidad, el mismo Giraldo Gómez (2009, págs. 117-

132) ofrece planteamientos del siguiente tenor: la imputación fáctica y la imputación jurídica son fundamentales en procesos de responsabilidad, y teniendo en cuenta la desviación observable en la doctrina de la pérdida de oportunidad, comprobar tales modalidades de imputación da lugar a preguntarse si nuestra legislación contempla la obligación de probar la existencia del nexo de causalidad.

Una primera aproximación de respuesta deviene del artículo 90 superior que consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y además enfatiza en que para comprometer dicha responsabilidad se requiere demostrar la imputación del daño a acción u omisión de la administración, de donde se infiere que dicha imputación conlleve la prueba de la relación de causalidad. Por lo demás, el citado artículo pone de manifiesto un sistema de responsabilidad estatal fundamentado en el daño antijurídico, donde el elemento esencial de la responsabilidad se traslada de la conducta de la administración pública para concentrarse en el producto de la misma, esto es, en la lesión o afectación que padece la víctima. En ese orden de ideas, el paradigma del derecho de daños sufrió una significativa modificación con la expedición de la Carta Política de 1991, donde el daño se eleva a la condición de elemento y punto central a la hora de analizar la responsabilidad de la organización estatal.

En este contexto último –apartándome de los tema de imputación y nexo de causalidad, pero para reforzar apreciaciones respecto del derecho de daños inmediatamente antes mencionado–, es oportuno indicar que éste ha tenido transformaciones de diversa índole a efectos de ajustarse a las nuevas perspectivas, desarrollos, riesgos y avances de la sociedad y sus instituciones. De otro lado, la denominada “constitucionalización del derecho de daños” sugiere una fuerte y arraigada imbricación entre los principios constitucionales y aquellos que, en el caso colombiano, de tiempo atrás son parte del articulado de la codificación civil.

Atendiendo a postulados de tal derecho de daños, en Colombia la cuantificación del daño a partir de previsiones del ordenamiento jurídico interno se basa en el criterio de la *restitutio in integrum* cuyo objetivo es el restablecimiento patrimonial y/o espiritual, en favor de una víctima lesionada por un hecho ilícito o por evento que no estaba en obligación de padecer; lo expuesto tiene su fundamento y límite en dos principios generales del derecho que además tienen soporte

normativo, a saber: i) la reparación integral del daño (art. 16 Ley 446/98 y art. 2341 C.C.) y ii) el enriquecimiento injusto (art. 8º Ley 153/887); de ahí –en este último caso– que el resarcimiento deba cubrir nada más que el daño causado, puesto que ir más allá de ese límite constituiría enriquecimiento ilegítimo del afectado, y si es inferior, sería un empobrecimiento correlativo, desnaturalizándose así los principios de dignidad humana e igualdad, ambos entendidos como soporte de la actividad judicial representativa del modelo de Estado social de derecho (Sentencia 19031, 2011) .

Ahora bien, retomando el tema que venía tratándose respecto de la prueba del nexo de causalidad en un proceso, si bien es cierto que la responsabilidad civil contractual o extracontractual no incluye en nuestro medio una norma específica que obligue a establecerlo, el legislador muestra en ciertos casos su intencionalidad en tal sentido. Por ejemplo en el artículo 1616 del Código Civil se alude en forma indirecta y no muy clara al tema de la imputación, aunque lo previsto. "*Si no se puede imputar dolo al deudor...*" parece más que todo referido al tema de culpabilidad, ajeno éste a la imputación ya que ésta se ocupa de la autoría de un hecho antes que de la culpa respecto del mismo (Giraldo G., pág. 118).

Por su parte el artículo 2341 de la misma codificación –dice también Giraldo Gómez (pág. 119)– consagra expresamente y con mayor claridad la obligación legal de probar la existencia del nexo de causalidad; aludiendo a la responsabilidad extracontractual por el hecho propio, el citado artículo hace hincapié en la necesidad de demostrar que el daño irrogado es consecuencia de la conducta asumida por su autor, corroborando así el imperativo legal de probar la relación de causalidad. Esta posición se acepta sin ninguna duda en este documento, destacando además que el fundamento que soporta dicho imperativo es el artículo 90 superior.

Lo expuesto hasta aquí ha sido objeto de estudio jurisprudencial, a cuyo criterio los citados artículos 1616 y 2341 del Código Civil permiten comprobar la exigencia de demostrar el nexo de causalidad en los procesos de responsabilidad. En relación con el tema la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, expresaba lo siguiente en Sentencia del año 2002:

> … 3. El fundamento de la exigencia del nexo causal entre la conducta y el daño no solo lo da el sentido común, que requiere que la atribución de consecuencias legales se predique de quien ha sido el autor del daño, sino el artículo 1616 del Código Civil, cuando en punto de los perjuicios previsibles e imprevisibles al tiempo del acto o contrato, señala que si no se puede imputar dolo al deudor, éste responde de los primeros cuando son "consecuencia inmediata y directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento". Por lo demás, es el sentido del artículo 2341 ib. el que da la pauta, junto al anterior precepto, para predicar la necesidad del nexo causal en la responsabilidad civil, cuando en la comisión de un "delito o culpa" –es decir, de acto doloso o culposo– hace responsable a su autor, en la medida en que ha inferido "daño a otro" (Sentencia 6.878, 2002).

Sobre la exigencia del nexo causal también se ha pronunciado jurisprudencialmente el Consejo de Estado. Por ejemplo en fallo proferido en 2016 (Sentencia 40057, 2016) dicho organismo retomó lo expuesto en Sentencia 17994 del 26 de marzo de 2009, Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero, cuyo aparte pertinente dice a la letra:

> … En materia del llamado nexo causal, debe precisarse una vez más que este constituye un concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño, otra cosa diferente es que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, prima facie, un estudio en términos de atribuibilidad material (imputatio facti u objetiva), a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar –acción u omisión-, que podría interpretarse como causalidad material … (…).
>
> No obstante lo anterior, la denominada imputación jurídica (*imputatio iure* o subjetiva) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política (sic).

Y en el mismo orden de ideas sobre la obligatoriedad de probar el nexo de causalidad es oportuno mencionar los artículos 2344 y 2347 ibídem. El primero prescribe que todos los participantes en el origen de un daño están llamados a responder por las consecuencias de su accionar, incluyéndose de este modo la exigencia de demostrar el nexo causal entre la conducta del agente y el daño. El segundo artículo citado alude a responsabilidad solidaria de los deudores; también aquí se observa la exigencia de probar la relación causal, cuando dice que cada uno de los que contribuyeron a la generación del daño será responsable de los perjuicios *procedentes* de su conducta.

Así las cosas, cabe afirmar que indudablemente el ordenamiento jurídico nacional contempla la obligación constitucional y legal de probar la existencia del nexo de causalidad en los juicios de responsabilidad, posición conceptual confirmada tanto por la jurisprudencia como por la doctrina. La obligación de probar este nexo recaerá siempre en quien reclama; no obstante la jurisprudencia ha previsto algunos mecanismos para aligerar en parte la carga sin que con ello se releve al demandante del deber de acreditar siempre el nexo de causalidad (Sentencia 11.901, 2001).

Ahora bien y a pesar de la dificultad que pueda presentar en algunos eventos la prueba del mencionado elemento, esta situación no es óbice para considerar que el demandante pueda verse relevado de la carga de acreditarlo en el expediente y por consiguiente, que pudiera resultar favorecido con la aplicación de un régimen de presunción de la causalidad que a todas luces no es procedente. Sobre el particular es pertinente el criterio del Consejo de Estado cuando expone:

> … Y debe insistirse en que la presunción de la causalidad será siempre improcedente; aceptarla implicaría incurrir en una evidente contradicción, en la medida en que supondría la aplicación, tratándose de la responsabilidad por la prestación del servicio médico asistencial, de un régimen más gravoso para el demandado inclusive que el objetivo, dado que si bien en éste la falla del servicio no constituye un elemento estructural de la obligación de indemnizar, el nexo causal está siempre presente y la carga de su demostración corresponde al demandante, en todos los casos (Sentencia del 15 de agosto de 2002).

En definitiva, nunca el demandante podrá librarse de probar el nexo de causalidad, y menos aún pretender que se libera de la obligación de aportar dicha prueba solo por el hecho de haberse presentado un evento de pérdida de oportunidad (Giraldo G., 2009, pág. 122).

Pese a lo anterior, algunos doctrinantes consideran la pérdida de oportunidad como una figura creada para disimular el tema de la incertidumbre causal en aquellos casos donde no se podía establecer qué o quién había sido el causante del resultado dañino investigado, convirtiéndose de esta manera en un mecanismo para facilitar la carga probatoria en materia de relación de causalidad (Giraldo G., 2009, pág. 123).

Así lo entiende, por ejemplo, el doctrinante Álvaro Luna Yerga quien considera "… la pérdida de oportunidad como un instrumento de facilitación probatoria que interviene en aquéllos procesos de responsabilidad civil médico-sanitaria en que, conforme a las reglas tradicionales de prueba, no hubiera sido posible acreditar la relación de causalidad entre la negligencia médica y el daño sufrido por el paciente" (Luna Yerga, 2005).

Quienes consideran acertada la anterior posición, afirman que la doctrina de la pérdida de la oportunidad fue una creación jurisprudencial de los años 60 del siglo anterior, nacida de la voluntad de querer indemnizar a la víctima en ciertos eventos donde la prueba del nexo de causalidad era insuficiente o incompleta.

No cabe duda entonces, de cuál debe ser la función social de la responsabilidad como institución jurídica y por supuesto, del papel que en el cumplimiento de dicha tarea, juega el nexo de causalidad, cuya prueba es una obligación constitucional y legal que se encuentra radicada en cabeza de la de la parte que espera ver sus pretensiones satisfechas, no obstante y pese a haber quedado claro lo anterior, se sigue generando confusión al momento de hacer el estudio de la figura de la "pérdida de una oportunidad", en relación con la incertidumbre que se presenta frente al resultado esperado y el problema de la incertidumbre sobre la causa que ha generado dicho daño.

En relación con este punto se considera prudente no perder de vista que tratándose de procesos donde se discute la responsabilidad médica profesional, en la mayoría de los casos el tema de la falta de certeza sobre la causa del evento adverso presentado es una alternativa que por lo regular debe considerarse.

Por ende, no debe caerse en el error de confundir el tema de la incertidumbre causal con el de la falta de certeza de existencia del daño mismo, pues existe la posibilidad de que en este tipo de eventos quede en el ambiente un halo de incertidumbre frente a los aspectos que rodean la configuración del daño y a su vez, que haya una falta de certeza en relación con el tema del nexo causal.

Con el fin de comprender lo anterior, se debe considerar que en el primer supuesto, es decir, en cuanto a los aspectos que rodean a la presentación o existencia del daño, es aceptada una cierta incertidumbre, situación que constituye incluso uno de los requisitos para la configuración del daño "pérdida de la oportunidad", al hacerse necesaria la prueba de la "oportunidad" que se ha perdido por completo, con el fin de poder ser objeto de indemnización, lo cual en últimas genera una duda que jamás será absuelta: saber si el resultado esperado iba o no a producirse.

Ahora, en cuanto al otro aspecto incierto, esto es, la falta de certeza sobre la causa que ha dado origen al daño, tal situación no puede ser pasada por alto, pues ante la ausencia de la prueba del nexo causal, por ningún motivo podría comprometerse la responsabilidad del agente.

Otro tema es la incertidumbre que se genera frente a la ocurrencia o no del resultado esperado, la cual hace parte de la esencia de la doctrina, y es un requisito que debe ser verificado cada vez que se quiera emitir una condena por este concepto.

Algo que sí no es viable es aceptar una incertidumbre frente a la relación de causalidad, pese a reconocerse la dificultad para establecerla en la mayoría de procesos en los que se discute la responsabilidad médico-profesional.

De este modo –señala Giraldo Gómez (págs. 127-128) que atendiendo a lo planteado por Chabas (Op. Cit., pág. 68)–7 se requiere evitar "…un error de razonamiento, que nacería de la confusión entre el 'alea intrínseco al perjuicio' y la 'incertidumbre sobre el vínculo causal'. Existe, en efecto, una jurisprudencia que se basa, sin distinguir, en la duda referente a la relación causal, para condenar a los médicos –principalmente– a reparar una pretendida pérdida de oportunidad".

Por otra parte, debe tenerse presente que un tema es la incertidumbre en torno al daño por pérdida de la oportunidad, al no poder determinarse si la ventaja esperada se habría conseguido o si el perjuicio padecido se hubiera evitado, y otro tema es la falta de certeza sobre la causa que dio origen el daño, de tal manera que la utilización de la figura de la pérdida de la oportunidad,

para ocultar la dificultad de la prueba de la relación de causalidad no tiene cabida ni puede aceptarse.

Con base en ello el Consejo de Estado (Sentencia 16.516, 2008) expone que ante la falta de prueba que vincule el daño con la conducta asumida por el investigado, lo que debe hacerse es reconocer la imposibilidad de imputarle las consecuencias de ese hecho a la persona demandada (Giraldo G., pág. 130).

Por tanto, si bien es cierto que la figura de la pérdida de oportunidad encierra en su concepto un aire de incertidumbre en cuanto a que la ganancia o el beneficio esperado no se sabrá nunca a ciencia cierta si se iban a producir, esta situación debe ser abordada desde la óptica del daño y no desde la esfera de la imputación; lo dicho sobre todo porque existe una clara obligación de acreditar el nexo causal.

En conclusión, aun reconociendo las dificultades que se presentan en el proceso de la imputación respecto de la incertidumbre causal, tal situación es independiente de si hay o no daño por pérdida de oportunidad, en alguna medida supeditada esa incertidumbre a la imposibilidad de respuesta cierta sobre si la ventaja esperada se habría obtenido o si se hubiera evitado la pérdida. Algo muy claro es que la obligatoriedad de probar el nexo de causalidad no se discute, puesto que es una carga inevitable que asiste a quien se considera víctima y pretende ser indemnizado, sin que pueda eludir tal obligación bajo el supuesto de haberse presentado una pérdida de oportunidad. Por lo demás, se estima prioritario destacar la importancia de tener presente lo expuesto, a efectos de evitar “decisiones ausentes del sentido de justicia, al reconocer la indemnización de unos perjuicios que no están en relación directa con el daño imputado, tema que será analizado a continuación” (Giraldo G., pág. 132).

Finalizando este ítem se enfatiza en dejar algo bien claro: la conveniencia de hacer hincapié en que no basta con verificar el requisito de la “aleatoriedad” para afirmar que se está frente a un evento de pérdida de oportunidad; por el contrario, se requiere, además, que quien solicita la indemnización demuestre haber estado en posición potencialmente apta para lograr el resultado esperado.

3.3.1.2 Situación potencialmente apta para aspirar a conseguir el resultado esperado. Alude esta característica a la necesidad de verificar si quien alega haber visto truncadas sus posibilidades de obtener un beneficio o de evitar un perjuicio, al momento de ocurrir la acción lesiva de sus intereses estaba realmente en una situación idónea para aspirar a conseguir la ventaja buscada. El patrimonio de la víctima fue menoscabado, y con la aplicación de la pérdida de oportunidad se pretende indemnizarle por la imposibilidad de alcanzar un beneficio previsto; al efecto, y es apenas lógico, el requisito mínimo exigible es prueba eficiente que permita demostrar que al momento del daño sí existía realmente la esperanza de obtener el beneficio anhelado o de evitar el detrimento en definitiva sufrido. Cabe indicar que la situación potencialmente apta para alcanzar lo pretendido, puede ser tanto fáctica como jurídica, según el caso objeto de trámite. Así las cosas, por ejemplo, vista la figura desde su lado positivo (obtener una ganancia), es necesario que la víctima pruebe que bajo otras circunstancias y sin intervención de terceros pudo haber logrado el beneficio esperado. Y desde el lado negativo de la figura (evitar la ocurrencia de un perjuicio) el siguiente ejemplo es claro e ilustrativo: la víctima que considera haber perdido la oportunidad de evitar una lesión por no diagnosticársele oportunamente su enfermedad, cuando menos deberá probar que acudió con diligencia al profesional médico y se practicó los exámenes requeridos, existiendo además la posibilidad científica de haber logrado con ese diagnóstico la curación de su enfermedad, todo lo cual no fue debidamente acatado por el facultativo tratante.

No debe olvidarse que con la aplicación de la pérdida de oportunidad no se indemnizan sueños, expectativas sin soporte, ni supuestos basados en conjeturas; por el contrario, a pesar de que el resultado depende de un hecho fortuito, debe quedar demostrado que sí existía realmente para la víctima la posibilidad de que el mismo se materializara.

En relación con este punto alude Giraldo Gómez al tratadista argentino Eduardo A. Zannoni, quien en análisis de un caso fallado por la Suprema Corte de Buenos Aires afirma:

> … si bien la pérdida de posibilidades, constitutiva de *chances,* se indemniza en razón de las mayores o menores probabilidades frustradas que tenía el damnificado de obtener un ganancia o evitar un (sic) pérdida, debe exigirse que la víctima se encuentre en una situación fáctica o

> jurídica idónea para aspirar a la obtención de esas ventajas, *al momento del evento dañoso* (Zannoni, pág. 81).

Por tanto, quien alega no haber tenido la posibilidad de ponerse en situación apta para alcanzar la oportunidad de acceder al beneficio, no puede ni debe ser indemnizado, puesto que efectivamente su esperanza era mera ilusión, no de obtener una ventaja sino de estar en una posición que le abriera la oportunidad de aspirar a aquello que pretendía. Muy diferente sería el caso cuando "el damnificado aduzca que el evento dañoso le privó de esa situación idónea, es decir, que le privó de colocarse ante la *chance* misma, pues entonces, realmente, no se indemnizaría la pérdida de las probabilidades sino un daño que queda en el terreno de las puras conjeturas o hipótesis, es decir, un daño eventual" (Zannoni, pág. 82).

3.3.1.3 Imposibilidad definitiva de obtener lo esperado. Requisito necesariamente acreditable, puesto que se requiere certeza respecto de que la posibilidad de acceder al beneficio o evitar el perjuicio salió definitivamente del patrimonio –material o inmaterial– del individuo haciéndola inexistente; lo dicho "… porque si el beneficio final o el perjuicio eludido aún pendieran de la realización de una condición futura que conduzca a obtenerlo o a evitarlo, no sería posible afirmar que la oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún lograda o evitada y, por ende, se trataría de un daño hipotético o eventual" (Sentencia 39317, 2017). En otras palabras, aunque se mantiene incólume la incertidumbre sobre si dicho resultado se iba a producir o no, la probabilidad de percibir el beneficio o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido irreversiblemente, en la medida en que si el resultado todavía pudiera alcanzarse, el "chance" aún no estaría perdido y, entonces, no habría objeto de indemnización.

Sin la presencia de esta característica no puede solicitarse indemnización basada en pérdida de la oportunidad, razón suficiente para que –como se indica en nota al pie correspondiente al numeral 15.1 de la Sentencia 25706– jurisprudencial y doctrinalmente se acoja esta exigencia sin ningún tipo de discusión. Lo dicho puesto que si persiste la posibilidad de alcanzar lo esperado no habría pérdida de oportunidad y, por tanto, no habría nada por indemnizar, ya que en estos casos la oportunidad frustrada se erige como el perjuicio a resarcir, y éste no ocurrió. De ahí,

además, que la pérdida de la ventaja debe ser cierta, esto es, que la oportunidad de obtenerla no exista ya de ninguna manera.

Recuérdese, además, que en esencia la figura de pérdida de oportunidad involucra dos factores: certeza e incertidumbre. La primera representada en un hecho cierto siempre objeto de verificación, referido a la frustración de las esperanzas de la víctima, perdidas éstas como consecuencia de la conducta del agente investigado y quedando completamente borrada del patrimonio del damnificado la oportunidad de acceder al provecho esperado, o a la posibilidad de evitar un daño. Y la incertidumbre, por su parte, proveniente de la imposibilidad de saber si el resultado esperado se produciría o no (Giraldo G., 2009, pág. 172).

Conviene destacar que la característica aquí reseñada debe corroborarse y verificarse en todo proceso que apunte a solicitar reparación por pérdida de una oportunidad. De este modo, habiendo establecido el juez de la causa que el resultado final esperado por quien solicita la indemnización es aleatorio y que el sujeto estaba en posición potencialmente apta para aspirar a obtener lo que anhelaba, el fallador debe constatar que lo buscado no pueda ya alcanzarse por tratarse de una situación definitiva que nunca más permitirá aspirar al beneficio pretendido. Entonces, con base en ello se establecerá que efectivamente se está tramitando un evento de daño autónomo por pérdida de oportunidad. Sin embargo, a esta altura del proceso la decisión judicial no puede ser definitiva acerca de si hay o no fundamento para conceder algún beneficio de indemnización, ya que además de las características verificadas debe satisfacerse un requisito adicional, cual es la necesaria existencia de la relación de causalidad entre la conducta del agente supuestamente causante del daño y la pérdida de la oportunidad sufrida por la víctima del mismo; factor éste del cual se ocupa el numeral siguiente. Por lo demás, en casos de responsabilidad médica no debe olvidarse que la imposibilidad definitiva de evitar el perjuicio y/o de conseguir lo pretendido, dan lugar a pérdida de oportunidad para la víctima, ocasionada por el profesional de la medicina, quien por tal razón es responsable de los perjuicios que tal situación llegue a generar en el patrimonio de quien sufre tal pérdida (Giraldo G., 2009, pág. 172).

3.3.1.4 Relación de causalidad entre la conducta del actor y la pérdida de la oportunidad. Dice Giraldo Gómez –desde el comienzo adoptado como referente conceptual de toda esta exposición de requisitos– que para hablar de responsabilidad civil se requiere prueba de los tres elementos que la conforman, a saber: presencia de un daño, relación de causalidad y el deber de reparar. Adicionalmente y sin omitir que el nexo de causalidad no se inscribe en el ámbito de estudio del daño, en este caso es oportuna una breve mención de tal vínculo o nexo, a efectos de establecer la importancia de su exigencia frente a la materialización de este tipo de eventos. Por lo demás, es claro que el nexo de causalidad no pertenece a las condiciones propias de existencia del daño denominado "pérdida de la oportunidad"; no obstante, es también claro que constituye un requisito *sine qua non* para hacer efectiva la reparación del daño, al punto de que si no pudiera lograrse prueba de este elemento el juez no podrá ordenar la reparación de tal daño.

Independiente del daño que pretenda reclamarse, en todo momento y ante cualquier tipo de situación dañosa se requiere una relación causa-efecto mediada por el nexo entre la conducta del investigado y el daño irrogado a la víctima; desde el punto de vista causal esta es precisamente la manera más expedita para establecer que ese daño proviene efectivamente de acción u omisión del victimario.

En eventos de pérdida de oportunidad debe quedar claro que la prueba del vínculo causal es indispensable, con la salvedad de que a través del mismo no se busca una relación entre la conducta del agente y el beneficio final esperado, sino que dicho nexo debe estar establecido frente al daño que en efecto se irroga.

Destaca el doctrinante Giraldo Gómez que además de los planteamientos doctrinales expuestos, la jurisprudencia también se ha pronunciado sobre este tema; por ejemplo, en Sentencia 13006 del 14 de junio de 2001, Consejera Ponente doctora María Elena Giraldo Gómez, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, el Consejo de Estado se refirió a la necesidad de la prueba de una relación causal entre la conducta del agente y la pérdida de oportunidad; al efecto expresó lo siguiente:

> … Y lo considera de esa manera teniendo en cuenta los siguientes hechos antecedentes; que: -se confesó en la demanda que la paciente fue llevada a atención médica por una "afección cardíaca"; -el diagnóstico sobre la misma paciente fue "mal estado general" y otras indicaciones y -la muerte, según el registro de defunción fue por "fibrilación ventricular". Estos antecedentes son indicativos de que la omisión administrativa, **como ya se dijo, no puede imputarse como causa de muerte sino como causa de pérdida de oportunidad para recuperarse** (negrilla fuera de texto).

Así las cosas, si la muerte o la lesión pueden imputarse al agente, no se trata de un evento de pérdida de oportunidad, puesto que en tales casos se habrá demostrado un daño diferente que deberá resarcirse en tanto se satisfagan los otros elementos copartícipes en la configuración de la responsabilidad.

3.3.2 Requisitos contemplados desde la segunda de las perspectivas enunciadas

Desde este punto de vista la configuración de pérdida de oportunidad como daño autónomo se acoge básicamente a la presencia de tres elementos o factores al efecto inexcusables; tales elementos son: a) incerteza o aleatoriedad sobre el resultado esperado, en caso de no haber ocurrido el hecho dañoso; b) certeza, relativa a que el daño ocasionado ciertamente cercenó un interés legítimo del afectado en cuanto a lograr una ventaja o evitar una pérdida; y c) culpa del agente, de la cual deriva o no responsabilidad estatal. A continuación se sintetiza el contenido conceptual de los factores indicados.

3.3.2.1 Elemento incerteza. El primero de tales factores o elementos consiste en un aspecto incierto, componente aleatorio o elemento de incertidumbre, representado en la imposibilidad de saber si la ganancia esperada se habría conseguido o si se hubiese logrado evitar un daño (…) (…) respecto del cual afirma Chabas: "… Lo que le da especificidad a este asunto es que el perjuicio no es la pérdida de una "ventaja esperada" (sobrevivir, ganar un proceso judicial) sino la pérdida de oportunidad de obtener esa ventaja esperada. El alea es la característica de hecho de la noción...

El doctrinante Giraldo Gómez denomina la incerteza como "aleatoriedad del resultado esperado", identificándola como condición de la ocurrencia de eventos futuros e indicando:

> … la materialización del beneficio esperado es siempre incierta debido a que la misma para su configuración requiere del acaecimiento de situaciones fortuitas, de un alea que, como tal, no permite saber si lo esperado se va a producir o no. Es por ello que la persona efectivamente solo tiene una expectativa de que dicha situación se produzca, para obtener así ese beneficio o evitar la pérdida (Giraldo G., 2009, págs. 56-57).

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

En las varias veces citada Sentencia 25706, el Consejo de Estado también se pronunció frente a este factor de incerteza o aleatoriedad, haciendo hincapié acerca de que en la teoría de la pérdida de oportunidad "existe incertidumbre de saber si el beneficio se habría producido o el perjuicio se habría evitado". Dicho de otro modo: la falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado consiste en la duda sobre la obtención de un beneficio o la evitación de un perjuicio que se busca impedir. En la misma Sentencia, numeral 15.3, el alto Tribunal expuso lo siguiente acerca del tema:

> … para determinar si se está en presencia de un daño de pérdida de oportunidad, es necesario establecer que, en efecto, el titular de la expectativa legítima se encontraba, para el momento en que ocurre el hecho dañino, en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de evitar un perjuicio indeseado. La oportunidad debe encontrarse en un espacio caracterizado por no existir certeza de que su resultado habría beneficiado a su titular, pero tampoco en el que sólo exista la conjetura de una mera expectativa de realización o evitación. Si se tiene certeza sobre la materialización del resultado final, no es posible hablar del daño consistente en la pérdida de oportunidad sino de la privación de un beneficio cierto, o si se trata de una mera conjetura o ilusión, tampoco habría lugar a la configuración de una oportunidad por no tener la intensidad suficiente para convertirse en una probabilidad razonable de alcanzarse o evitarse. Así, el requisito de la "aleatoriedad" del resultado esperado tiene

> enormes incidencias en el plano de la indemnización, ya que si se trata de la infracción a un derecho cierto que iba a ingresar al patrimonio de la víctima o frente al cual se debía evitar un menoscabo, su indemnización sería total, mientras que si el truncamiento es solo respecto de la expectativa cierta y razonable de alcanzar o evitar un resultado final, la posibilidad truncada sería indemnizada en menor proporción.

3.3.2.2 Elemento certeza. Segundo elemento en la teoría de pérdida de oportunidad desde la perspectiva aquí abordada, consistente en la presencia de un aspecto **cierto**, esto es, que al momento del evento dañoso la víctima se encuentre en situación fáctica o jurídica idónea para aspirar a obtener las ventajas esperadas. Oportuno indicar que tratándose de responsabilidad médica la certeza opera respecto al daño consistente en el cercenamiento de un interés legítimo de oportunidad de tratamiento o procedimiento médico y a la imputación a la administración por falla en el servicio evidenciada en servicio tardío, defectuoso o en un mal diagnóstico.

El doctrinante Medina Alcoz (2007, pág. 61) define este elemento como pérdida cierta de la posibilidad de realización de un evento deseado, que a su vez –y por tal razón– cercena un interés jurídico representado en la expectativa de poder alcanzar un beneficio o evitar un perjuicio. Giraldo Gómez (2011, pág. 39), por su parte, dice que "…cuando se presenta un evento de pérdida de una oportunidad, existe una certeza que está representada en la imposibilidad definitiva de la víctima de obtener lo que buscaba"; también indica este tratadista que

> … si el resultado esperado todavía puede ser alcanzado, la oportunidad no estaría pérdida y en consecuencia no habría nada que indemnizar, puesto que en estos casos es la oportunidad frustrada la que se erige como el perjuicio que debe ser resarcido.
>
> (…)
>
> Precisamente, la figura de la pérdida de la oportunidad en su esencia conlleva a su vez un aspecto cierto y otro incierto. Ello es así por cuanto por un lado se presenta la incertidumbre de saber si el resultado esperado se iba o no a producir, pero al mismo tiempo hay un hecho cierto, que deberá ser siempre verificado, el cual se refiere a la frustración de las esperanzas que tenía la víctima, las cuales se han perdido como consecuencia de la conducta de la persona investigada, quedando ese provecho o esa oportunidad de evitar un daño, borrada por completo del patrimonio de ese sujeto, en otras palabras el resultado esperado ya no será jamás alcanzado (Giraldo G., 2011, págs. 70-71).

En relación con este elemento el Consejo de Estado, por su parte, en la pluricitada Sentencia 25706, indica que debe existir "certeza en que se ha cercenado de modo definitivo un interés legítimo". E igualmente expone que es necesario constatar, en efecto, la existencia de una oportunidad que se perdió. "… La expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de 'una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente'" en el sentido de que no habiendo ocurrido el evento dañoso, "la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondientes".

3.3.2.3 Elemento culpa del agente. Corresponde al tercero descrito por la doctrina para la conformación del daño por pérdida de oportunidad. Se trata en estos casos de responsabilidad imputable al Estado por actuación de uno de sus representantes, siempre y cuando dicha actuación tenga nexo o vínculo con el servicio público y dé lugar a la pérdida de una ventaja o a la imposibilidad de evitar un perjuicio; se trata de vínculo inexcusable, toda vez que la calidad de funcionario público que actúa por sí mismo y en su ámbito de desempeño privado causa algún daño, no compromete en caso alguno el patrimonio estatal; de ahí la importancia de establecer claramente el comportamiento del agente y las situaciones concomitantes al daño que provienen de su parte, con el fin de imputar o no en estos eventos responsabilidad al Estado. Frente a las connotaciones de este elemento el doctrinante Chabas plantea, en términos generales, que la pérdida de una "ventaja esperada" o de la "oportunidad", se presenta por "causa de terceras personas"; y adicionalmente señala:

> … para que se trate de la pérdida de una oportunidad, la culpa debe ser posterior al fenómeno que ha reducido a la víctima a la situación de tener simples oportunidades. El primer punto no es discutible. El segundo lo es más aunque, combinado con el precedente, trae como consecuencia que cuando la culpa ha agotado sus efectos antes de que nazca el proceso que reduce a la víctima a la situación de tener sólo oportunidades, ninguna responsabilidad es concebible (Chabas, pág. 30).

Importante destacar que atendiendo a criterio de Chabas, estos "rasgos", aplicados en cada caso particular, permiten establecer si

> … a) ¿La víctima tenía una oportunidad? (pero se requiere que se trate de sólo oportunidades, que exista un áleas); b) Está demostrado que por la culpa del agente y como consecuencia de

> ella, ¿la víctima no tuvo ya más esa oportunidad? y, c) Entonces el agente puede ser condenado a reparar ese perjuicio: la pérdida de la oportunidad? … (Chabas, pág. 30).

Para resolver los anteriores interrogantes el propio Chabas sugiere la necesidad de "…evitar un error de razonamiento, que nacería de la confusión entre el 'alea intrínseco al perjuicio' y la 'incertidumbre sobre el vínculo causal'…" (Chabas, pág. 30).

Por último, sobre la culpa del agente como elemento del daño por pérdida de oportunidad, la jurisprudencia del Consejo de Estado en la citada Sentencia 25706 indica que "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".

Hasta aquí las consideraciones y planteamientos en relación con la pérdida de oportunidad como instrumento jurídicamente válido y aplicable en eventos indemnizatorios. La exposición no solo se ocupó de describir los formalismos de la citada teoría, sino que además se adentró en aspectos puntuales como características, elementos que la conforman, ubicación conceptual dentro del Derecho de daños, entre otros, así como muy especialmente en reseñar posiciones doctrinales y jurisprudenciales pertinentes. Todo ello, en términos generales, como fundamento para el desarrollo de contenidos del Capítulo siguiente, representativo de las pretensiones de esta monografía y del objetivo general de la misma, que en definitiva apunta a establecer la relación entre los dos primeros temas abordados (daño antijurídico y pérdida de oportunidad) y sus respectivas implicaciones respecto de la responsabilidad estatal por prestación de servicios médico-asistenciales.

4. RELACIÓN ENTRE LOS ELEMENTOS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO EN RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO, Y LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO-ASISTENCIAL

4.1 FUNDAMENTOS TEMÁTICOS

La pérdida de oportunidad es una modalidad de daño que en el medio colombiano, de un tiempo a esta parte ha venido ganando terreno en procesos de responsabilidad civil contractual y extracontractual, sobre todo los relativos a responsabilidad por la prestación de servicios médico-asistenciales. En general ha tenido aceptación y desarrollo conceptual, pese a lo cual no es la panacea para todos los casos de eventuales oportunidades no logradas, al tiempo que no está exenta de debate y tampoco su aplicación presenta la uniformidad y rigurosidad deseables puesto que no pocas veces la decisión depende ante todo del criterio del fallador. Tratándose responsabilidad extracontractual del Estado, las reclamaciones por pérdida de oportunidad generadas por daños antijurídicos aplican básicamente en eventos donde surge el problema de probar el vínculo causal entre la acción de un determinado agente y el daño por éste ocasionado. Con base en ello se genera la figura de un daño antijurídico autónomo, consistente en la desaparición definitiva de una oportunidad para quien se considera víctima del mismo. Ahora bien, desde las perspectivas conceptual y funcional, la pérdida de oportunidad es una teoría jurídica aceptada y avalada en muchos casos tanto por la jurisprudencia como por la doctrina colombianas, pese a lo cual y por no haberse logrado consenso definitivo en torno al tema, presenta debilidades para su aplicación y efectividad, principalmente en dos aspectos, a saber: a) en cuanto a requisitos que debe acreditar la oportunidad para considerarla perdida; y b) sobre si dicha pérdida tiene las características de daño indemnizable.

Es muy importante indicar, además, que eventos de esta modalidad jurídica en el ámbito contencioso-administrativo de responsabilidad derivada de la prestación de servicios médico-asistenciales casi siempre dan lugar a fallos condenatorios, por lo general relacionados con errores y/o retrasos en el diagnóstico y tratamiento de enfermedades, tal como indica la Corte Suprema de Justicia (Sentencia SC15746, 2014) –incluyendo pérdida irreversible de capacidades y hasta la muerte del paciente– como también a juicio de la Corte Constitucional, omisiones y/o ausencia de consentimiento informado (Sentencia T-1258352, 2007).

El tratamiento doctrinal y jurisprudencial otorgado a esta figura jurídica en el medio colombiano ha sido amplio y debatido en ambas instancias, teniéndose presente que la doctrina registra dos posiciones conceptuales en torno al tema y que respecto del daño antijurídico y los requisitos para su configuración no ha habido hasta el momento consenso unificado entre los miembros del Consejo de Estado. En el primero de los casos los doctrinantes, tanto nacionales como foráneos, optan por dos posturas que fueron debidamente reseñadas y referenciadas en el numeral 3.2 del presente trabajo.

En ese orden de ideas, se destacan los planteamientos del francés Chabas y del colombiano Giraldo Gómez, ambos citados reiteradamente, quienes se acogen a la postura que caracteriza la pérdida de oportunidad como daño autónomo; y lo propio a partir de lo expuesto por tratadistas y estudiosos como Medina Alcoz –quizá el más representativo entre los foráneos–, así como el español Luna Yerga, y los colombianos Gil Botero, Plata Prince y hasta Calle Mesa –aunque esta última no descarta cierta posibilidad de considerar la pérdida de oportunidad como daño autónomo–; todos estos proclives a la postura según la cual la pérdida de oportunidad debe asumirse como instrumento de facilitación probatoria de la relación de causalidad entre el hecho dañoso y el perjuicio. Y a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado, se observa que de tiempo atrás y también en pronunciamientos recientes [7], este alto Tribunal ha manifestado su posición frente a los temas de daño antijurídico imputable a la administración y responsabilidad patrimonial estatal derivada del mismo; posición que en términos sencillos y generales se

[7] Cfr. por ejemplo las siguientes Sentencias: Consejo de Estado No. 17037 del 13 de mayo de 2015, Consejero Ponente doctor Hernán Andrade Rincón. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de octubre 25 de 1999, expediente 5012, Magistrado Ponente doctor José Fernando Ramírez Gómez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 30 de septiembre de 2016. Magistrado Ponente doctor Ariel Salazar Ramírez.

materializa afirmando que el daño es la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en obligación de soportar, desplazándose de este modo la antijuridicidad de la causa del daño al daño mismo, "constituyendo un elemento estructural del daño indemnizable y objetivamente comprobable" (Sentencia 8163, 1993).

Así las cosas, lo dicho permite afirmar que la condición ilícita o antijurídica del daño reside en el daño mismo, independientemente del carácter de su causa; en otras palabras, "el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita" condición que, en principio, involucra los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva (Sentencia 8163, 1993); pero teniendo en cuenta la necesaria diferencia entre tales regímenes, se establece ésta en lo relativo a la imputación, elemento requerido para declarar responsable a la administración. En otros términos: daño antijurídico e imputación son factores inseparables respecto de la responsabilidad administrativa, de modo que si no fuera posible imputar ese daño tampoco habría lugar a responsabilidad alguna. En este orden de ideas se transcribe a continuación el aparte pertinente de la Sentencia en comento, que además aporta luces para comprender mejor lo que viene exponiéndose:

> Existe la tentación inicial de interpretar el art. 90 de la C.P. / 91 como consagratorio de la responsabilidad objetiva del Estado; la paulatina decantación de la jurisprudencia de la Sala conduce, sin embargo, a concluir, por una parte, que esta norma, de rango constitucional, es el tronco en el que encuentra fundamento la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, trátese de la responsabilidad contractual o de la extracontractual; y, por otra, en cuanto a esta última se refiere, que son dos los elementos basilares que la comprometen: el daño antijurídico y la imputabilidad del mismo al Estado. Del daño antijurídico ha dicho la Sala en varias providencias cuyo apoyo se ha buscado en la doctrina y en la jurisprudencia españolas, que equivale a la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en la obligación de soportar; de esta manera, se ha desplazado la antijuricidad (sic) de la causa del daño al daño mismo, constituyendo un elemento estructural del daño indemnizable y objetivamente comprobable. Quizás sea esta característica la que ha inclinado a pensar que ha ocurrido un tránsito, por imperio constitucional, de una responsabilidad de tipo subjetivo a otro objetivo. Esa conclusión no corresponde a la realidad. La ilicitud o antijuricidad (sic) del daño están ínsitos en el daño mismo sin referencia alguna a la licitud o Ilicitud de su causa; en otros términos el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa Ilícita, pero también de una causa lícita. Esa doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva. Uno y otro régimen adquieren puntos de distinción en cuanto tiene que ver con la imputación del daño, que como se, dijo, es el segundo elemento indispensable para que la responsabilidad de la administración sea declarada; dicho de modo diferente, no basta con que

> exista un daño antijurídico sufrido por una persona; es menester, además, que dicho daño sea imputable, vale decir, atribuido jurídicamente al Estado.

También sobre imputación de responsabilidad administrativa tiene cabida, con carácter ilustrativo, lo expuesto por el Consejo de Estado en fallo del 1° de marzo de 2018 (Sentencia 43.269) cuyo numeral 4. (Parcial) de las Consideraciones para decidir los recursos de apelación interpuestos contra la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 10 de junio de 2011, dice a la letra:

> La Sala Plena de la Sección Tercera, en Sentencia de 19 de abril 2012, unificó su posición en el sentido de indicar que, en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar.
>
> Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos títulos de imputación, para la solución de los casos sometidos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar, frente a determinadas situaciones fácticas, un específico título de imputación.
>
> En este sentido, en aplicación del principio *iura novit curia*, la Sala puede analizar el caso bajo la óptica del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado aplicable de cara a los hechos probados dentro del proceso, sin que esto implique una suerte de modificación o alteración de la *causa petendi*, ni que responda a la formulación de una hipótesis que se aleje de la realidad material del caso, ni que se establezca un curso causal hipotético de manera arbitraria…

Por otra parte, sobre las situaciones mencionadas en párrafo precedente como causa del daño y la reclamación, se estima pertinente señalar que ambas contemplan el criterio según el cual el reclamante perjudicado perdió una probabilidad aparentemente cierta, una oportunidad de obtener un beneficio, esto es, la posibilidad de haber actuado frente a esa enfermedad mal diagnosticada o diagnosticada tardíamente y con ello haber logrado la curación o supervivencia. Y que de un modo u otro, en estos casos la pérdida de oportunidad afrontada y la indemnización que se otorga en virtud de la prestación desafortunada de servicios médico-asistenciales, tienen cabida dentro del régimen de responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, no como

manera de distribuir socialmente los daños, sino como forma de atribuir responsabilidad a quien le corresponde por haberlos causado, de modo "… que aquellas retribuciones que se disponen tras haber hallado la relación causal entre el acontecimiento generador a cargo del demandado y el daño son, en estricto sentido, declaraciones de responsabilidad. **La discusión referida al nexo causal para poder atribuir responsabilidad patrimonial resulta, por consiguiente, ineludible".** (Sentencia 14.957, 2006) (Negrilla fuera de texto).

4.2 PRESUPUESTOS CONCEPTUALES PARA VINCULAR EL DAÑO ANTIJURÍDICO Y LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

Está suficientemente claro –y se reitera una vez más– que como consecuencia directa de la actuación de un agente causante del daño padecido por la víctima, la pérdida de oportunidad conlleva el desvanecimiento de ciertas probabilidades de obtener un resultado favorable en determinado evento, dando lugar a que en algunas ocasiones el perjudicado reciba una indemnización que tiene en cuenta las expectativas no logradas respecto del beneficio esperado y no el perjuicio final sufrido, por lo cual será siempre inferior a la que correspondería si se indemnizara este último.

A juicio de la autora la pérdida de oportunidad debe abordarse desde el punto de vista de un daño, un perjuicio distinto del que representa la desaparición de la ventaja final, perjuicio particular que se irroga a la víctima sin que ésta tenga obligación de padecerlo, omitiendo adoptar dicha pérdida como instrumento de imputación en casos de incertidumbre causal; a este último aspecto se aludió antes (Sentencia 8163, 1993) señalando que la imputación es requisito para declarar responsable a la administración, y que daño antijurídico e imputación son factores inseparables respecto de la responsabilidad administrativa, de modo que si no es posible imputar ese daño tampoco hay lugar a responsabilidad alguna; no obstante resulta prioritario indicar que la postura de quien escribe no se ubica dentro de este marco conceptual que avala la teoría de la imputación. Por el contrario, el propósito es evidenciar la relación entre pérdida de oportunidad y daño autónomo indemnizable por considerar que aquélla tiene las características de éste, omitiendo considerarla como factor de imputación sobre todo porque en tal caso bien podría el

juez "… imputar un daño cuya causa no se encuentra probada" (Salazar H., 2013, pág. 83) e incluso a desconocer el daño real producido. El error doctrinal presente en este aspecto lo registra Salazar H. (2013, págs. 83-84) con base en texto de Medina Alcoz que ella transcribe a la letra y del cual aquí se hace lo propio:

> … A través de la teoría de la pérdida de oportunidad y otras doctrinas, como la responsabilidad por daño causado por miembro indeterminado de un grupo y la Market Share Liability, está generalizándose un criterio de proporcionalidad según el cual, ante la incertidumbre causal, es decir, ante la posibilidad de que el hecho ilícito no causara el daño, se opta, no por negar o conceder una reparación total, sino por reconocer una indemnización reducida porque descuenta una parte proporcional a la probabilidad de que el agente (posiblemente) dañoso) no propiciara la lesión (Medina A. ,. L., 2008, pág. 73).

Con base en el planteamiento precedente se infiere que la pérdida de oportunidad no involucra un problema de causalidad y, por tanto, conlleva el rechazo de una imputación sin causa debidamente probada. Por el contrario, sí se tiene claro que dicha pérdida y el daño final respecto del cual la indemnización es la ventaja esperada, son dos entidades jurídicas estrechamente vinculadas, en todo caso diferenciables e independientes, cada una de las cuales tiene su propio contenido en materia de responsabilidad, bien sea para reconocer ésta o bien, para determinar la cuantía indemnizatoria por el daño sufrido.

Adicionalmente, en términos de responsabilidad patrimonial del Estado por prestación de servicios médico-asistenciales se reitera el criterio del Consejo de Estado en fallo 14.957 del año 2006 –ya antes citado–, criterio acogido también por la doctrina, en el sentido de que la demostración del nexo de causalidad es requisito incuestionable para atribuir y/o determinar dicha responsabilidad). Reafirmando lo expuesto, vale señalar desde la perspectiva doctrinal, la imposibilidad de admitir un daño que deba soportar quien no contribuyó a generarlo; por tanto, debe darse y probarse en estos casos relación cierta entre el daño causado y la conducta de quien supuestamente lo produjo y en consecuencia está llamado a responder por ese hecho. En este tipo de eventos la certeza opera como factor clave, puesto que no es posible responsabilizar a alguien de una indemnización si no hay seguridad acerca de que ese alguien efectivamente produjo el hecho dañoso. Al respecto expone Giraldo Gómez (2011, pág. 54) que si en definitiva esto último llegare a ocurrir

> … en vez de hacer justicia se generaría una inseguridad jurídica que produciría un daño más grave para la convivencia de la comunidad, en cuanto daría lugar a resultados tan injustos como sería el hecho de que una de las partes en conflicto se viera indemnizada, pero de manera parcial, a pesar de tener derecho a una reparación integral de su daño, de haberse demostrado la causa del mismo. Y, como contrapartida, que la otra parte fuese condenada sin que existiera certeza sobre si fue ella quien en definitiva originó el daño que se le imputa.

En lo relativo a falta de certeza respecto del nexo causal puede decirse que lo anterior, junto con otros planteamientos coincidentes, es precisamente el fundamento que permite eventuales arbitrariedades y/o decisiones erróneas en la aplicación de la figura en comento. Al respecto se estima que el aparte abajo transcrito a partir de pronunciamiento del Consejo de Estado es ilustrativo acerca de causalidad y daño finalmente producido y que además alude en forma directa a la importancia de facilitar a la víctima la prueba de causalidad entre el hecho y el daño pero haciendo hincapié en que muchas veces el procedimiento técnico para lograr tal propósito no es satisfactorio sino más bien criticable, dando así lugar a situaciones arbitrarias y erradas decisiones. Dice así el texto pertinente del pronunciamiento ut supra indicado:

> … Solo esta comprensión respecto de los alcances de la figura de la pérdida de oportunidad evita convertirla en fuente de decisiones erróneas, como lo sería el derivar del proceder antijurídico del demandado una presunción de causalidad respecto del daño finalmente producido, aun cuando la correspondiente relación de causalidad no se encuentre debidamente demostrada o, también, disminuir los montos indemnizatorios con fundamento en el reconocimiento de irresponsabilidades parciales, en eventos en los cuales realmente debería ordenarse una indemnización integral. El entendimiento de la noción de pérdida de oportunidad que la Sala comparte y que ha dejado expuesto, corresponde por tanto, en sus principales lineamientos, con la siguiente descripción que de la tantas veces nombrada figura se realiza con referencia al ámbito de la responsabilidad médica (Sentencia 19718, 2011).

En definitiva y para dar por terminado el tema de la pérdida de oportunidad directamente vinculado a la imputación, se asume aquí que no puede ni debe aceptarse esta opción, básicamente con fundamento en el criterio de que hacerlo daría lugar a arbitrariedades y errores en la valoración de los hechos, al tiempo que se indemnizarían daños sin demostración previa del nexo causal requerido por la normatividad.

Ahora bien, retomando el hilo orientador de las pretensiones temáticas, cabe indicar que algo bien diferente es hablar de pérdida de oportunidad como daño autónomo –que es precisamente la postura conceptual asumida por la autora de este documento–. Las páginas siguientes se adentran en la respectiva temática, a efectos de reseñar planteamientos de origen jurisprudencial y doctrinal, aportar ideas propias y dar sentido contextual a lo estudiado y aprehendido. Con tal fin, se da comienzo a la exposición así:

En primer término se requiere caracterizar la pérdida de oportunidad como daño antijurídico indemnizable, a cuyo efecto se tienen en cuenta los factores que a continuación se indican:

a) Interés legítimo: el daño se considera de manera formal y en sentido amplio, como toda lesión infligida a un interés legítimo o derecho subjetivo de una persona (Giraldo G., 2011), lo cual deberá hacerse evidente en eventos de pérdida de oportunidad para dar viabilidad a la misma. Sobre el particular es oportuno retomar el criterio de Giraldo Gómez, a cuyo tenor el daño, en sentido amplio, se establece atendiendo a la naturaleza del derecho o interés lesionado, por ejemplo, perder la posibilidad de un procedimiento o de un tratamiento para salvar la vida, la pérdida de la oportunidad de un tratamiento oportuno, omitiendo las eventuales consecuencias desfavorables del mismo para la víctima, tanto patrimoniales como en salud, honra, dignidad y afines, que constituyen daño en sentido estricto pero en caso de derivarse del daño en sentido amplio deberán ser objeto de indemnización (Gutiérrez, V. & Gómez, S., 2017, pág. 13).

Con base en la distinción precedente respecto del daño, cabe afirmar que la pérdida de oportunidad es un daño autónomo indemnizable atendiendo al interés legítimo del reclamante y a lo probado procesalmente respecto del porcentaje o las probabilidades de obtener esta oportunidad, prueba que en todo caso será pericial, o testimonial técnica, puesto que no tiene en estos casos representatividad el criterio del juez, menos aun sabiendo que de este modo se estaría contrariando el principio de indemnidad del daño (Gutiérrez, V. & Gómez, S., 2017, pág. 14).

b) Negligencia del agente por acción u omisión. Se dijo antes que la pérdida de oportunidad aplica fundamentalmente en el ámbito de la responsabilidad por prestación de servicios médico-asistenciales y en eventos de contratación. En el primer caso se trata de una responsabilidad

subjetiva; es decir, el surgimiento de la responsabilidad civil requiere que haya existido una acción u omisión negligente en la actuación del médico (infracción de la *lex artis*), sobre quien recae una obligación de medio y no de resultado, independiente del carácter contractual o extracontractual de la relación entre las partes; obligación de medio entendida como aquella en virtud de la cual una persona en calidad de contratista (en este caso un médico, una institución prestadora de servicios de salud) se compromete a adelantar todas las acciones posibles tendientes a mantener, recuperar, o preservar determinada situación, sin asumir consecuencias por eventuales resultados desfavorables, siempre y cuando se haya cumplido cabalmente el compromiso contraído.

c) Incertidumbre causal respecto del perjuicio final. En este aspecto es oportuno recordar que la pérdida de oportunidad aplica en supuestos de incertidumbre causal entre la actuación negligente y el daño final producido; en otras palabras, supuestos en los que no puede establecerse si en términos de causalidad una conducta provocó el daño, pero sí se admite que la debida diligencia del agente cuando menos habría dado lugar a alguna probabilidad de obtenerse el beneficio deseable, por ejemplo la curación de una patología. Para una mejor comprensión de lo dicho: existía una oportunidad real, cuya pérdida impidió obtener el beneficio final, pero no se tiene certeza acerca de si el resultado hubiera sido el mismo en otro caso.

d) El perjuicio y el cálculo de probabilidades. La teoría ontológica o autonomista respecto de la pérdida de oportunidad prescribe que ésta conlleva el menoscabo de un bien distinto del que representa la ventaja final; desde tal punto de vista, si el perjudicado contaba con la oportunidad favorable de obtener un beneficio y dicha oportunidad se frustró por intervención de un tercero, se conforma un daño indemnizable autónomo (Medina A. L. , 2007a, pág. 349). En general este criterio es válido y funcional en eventos de responsabilidad por prestación de servicios médico-asistenciales, siendo importante destacar que en casos de pérdida de oportunidad derivada de tal prestación no se tiene en cuenta el daño material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre sobre el curso que habrían tomado los hechos si en la prestación del servicio se hubieran adoptado otros parámetros de actuación, es decir, la incertidumbre en torno a la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran ocurrido de otra manera. Para sintetizar: puede afirmarse que la actuación médico-profesional privó al

paciente de ciertas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, o incluso si dicha actuación eventualmente fue causa de la muerte, no se indemniza por la privación de expectativas ni por el fallecimiento sino por la pérdida de oportunidad sufrida. Por lo demás, no debe omitirse que atendiendo a la perspectiva jurisprudencial autonomista el daño indemnizable no es el ocasionado por la lesión de la salud o la pérdida de la vida (deterioro o fallecimiento), sino la pérdida de una oportunidad de curación por no haberse proporcionado el debido tratamiento médico o no haberse adoptado las medidas pertinentes en orden a lograr el objetivo del beneficio para el paciente.

4.3 ELEMENTOS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES SOBRE DAÑO ANTIJURÍDICO Y RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO POR PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICO-ASISTENCIALES

Se estima que lo pertinente a este ítem básicamente se expuso y desarrolló en el Capítulo 2 de la presente monografía. Sin embargo, atendiendo a que el tema no se da por agotado, cabe retomar a esta altura algunas consideraciones y/o precisiones que pudieran aportar elementos de juicio orientados a fortalecer la comprensión y aprehensión de lo hasta aquí actuado.

Así, por ejemplo, parece oportuno reseñar –con criterio ilustrativo antes que taxativo o excluyente– apartes doctrinales y jurisprudenciales no contemplados antes en este documento, respecto de la definición y conceptualización de daño antijurídico y de responsabilidad atribuible al Estado por prestación de servicios médico-asistenciales. Al efecto se presentan textos tomados de varias fuentes, representativos para el propósito pretendido y que además dan cuenta de la postura adoptada por el Consejo de Estado en sus providencias.

4.3.1 Consideraciones adicionales en relación con el daño antijurídico

Antes de iniciar la exposición en este ítem es importante destacar que se reitera lo dicho en acápite precedente, esto es, que lo relativo al tema tuvo desarrollo oportuno en el Capítulo 2. No obstante, a efectos de dar curso a la secuencia temática prevista para el presente Capítulo y reforzar la pertinencia de abordar el daño antijurídico a partir de elementos conceptuales antes no

contemplados, una primera consideración apunta en el sentido de que indudablemente se trata de elemento prioritario a abordar en eventos de responsabilidad civil contractual o extracontractual, puesto que en ausencia del mismo o no siendo posible determinarlo o avaluarlo, todo esfuerzo adicional relativo a la autoría y al acto generador del hecho dañoso será innecesario, injustificado y no tendrá resultado alguno (Varón V., s.f.). El daño se considera pérdida directa respecto de una base preexistente, postulado a partir del cual el citado doctrinante Juan Carlos Henao lo define brevemente como “la aminoración patrimonial sufrida por la víctima" (Henao J. C., 1998, pág. 84), adoptando como referente que la persona solo tiene un patrimonio y en él se incluyen todos los derechos o intereses que ejerce sobre los bienes jurídicos, materiales e inmateriales de los cuales dispone (cosas, objetos, inmuebles, bienes inmateriales, cuerpo, salud, integridad física, etc.).

Bien importante es distinguir entre daño y perjuicio, entendido el primero como un atentado material contra un bien jurídico, y el segundo como la consecuencia sufrida por el titular del derecho afectado por causa de ese hecho, consecuencias entre las cuales, por ejemplo: menoscabo, disminución, detrimento, pérdida injustificada, uso indebido o deterioro de los bienes jurídicos de la persona, o también el sufrimiento, la angustia o congoja producida en su fuero interno. El daño es el hecho objetivo, el perjuicio, por el contrario, una noción subjetiva que aplica en relación con una persona determinada. Esta distinción es útil en tanto permite explicar y entender aquellos casos en los cuales pese a producirse un daño no se causan perjuicios indemnizables y, por tanto, no habría lugar a reparación. Debe quedar claro que en eventos de responsabilidad no se indemniza por el daño sino por los perjuicios generados, y que dicha indemnización está sometida a la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) El daño debe ser cierto. Esto es, que pueda apreciarse material y jurídicamente y que en caso alguno se limite a mera conjetura, hipótesis o eventualidad. Se infiere perjuicio de este tipo cuando es posible advertir de manera evidente que la acción lesiva ha producido o producirá una disminución patrimonial en la victima; determinar la certeza del perjuicio pasado no es difícil puesto que ya existe, en cambio el perjuicio futuro presenta muchas más alternativas que dificultan determinar su certeza. Entre tales alternativas aquella que doctrina y jurisprudencia denominan "pérdida de la chance o de la oportunidad", donde el perjuicio consiste en la

frustración de una esperanza, en la pérdida de una oportunidad, de una probabilidad y donde además coexisten un elemento de certeza y un elemento de incertidumbre; el primero basado en el razonamiento que "de no haber mediado" la ocurrencia del evento dañoso el damnificado habría mantenido la esperanza en el futuro, que le permitiría obtener una ganancia o evitar una pérdida patrimonial; y el elemento de incertidumbre, por su parte, basado en que de no haberse producido tal evento dañoso y se hubiera mantenido la chance u oportunidad, tampoco podría saberse a ciencia cierta si la ganancia se habría obtenido o la pérdida se habría evitado.

b) La certeza del daño es necesaria. Para la configuración de responsabilidad civil se requieren los siguientes factores: una conducta humana, un daño o perjuicio, relación de causalidad entre el daño y el comportamiento de aquel a quien se imputa, y un elemento de atribución de la responsabilidad (ambitojuridico.com, 2013). Tales presupuestos, a juicio de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia permiten establecer que el daño es indemnizable cuando su causación es imputable a un sujeto que no sea el afectado. Por otra parte, este requisito puede mirarse desde dos ópticas: primera desde la relación causal entre el daño y el comportamiento del agente, lo cual resultaría adecuado analizar en el punto de la imputación; y segunda, desde la relación causal entre el daño y el perjuicio, es decir entre la acción exterior y las consecuencias de la misma sobre el patrimonio de la víctima.

c) El daño debe ser personal. Requisito a cuyo tenor solo quien ha sido víctima del daño puede reclamar reparación por el perjuicio sufrido, postulado que a su vez incluye el criterio de que no necesariamente el damnificado debe ser quien se vio afectado en forma directa, sino también aquel cuyo interés se ve perjudicado. Desde esta perspectiva se establece la distinción entre damnificados directos y damnificados indirectos; los primeros, partícipes de la producción del hecho y afectados de manera directa por el resultado dañoso, y los segundos, aquellos que ven afectados sus intereses sin haber participado en el evento, como en el caso de familiares o personas cercanas a la víctima, quienes pueden sufrir un perjuicio propio con ocasión del daño que afecta al damnificado directo.

Desde el punto de vista doctrinal, sobre el carácter personal del daño no sobra indicar un planteamiento expuesto por el tantas veces citado profesor Juan Carlos Henao:

> … el daño es personal cuando quien demanda la reparación es la persona que lo sufrió, con independencia de que se encuentre o no de manera abstracta en una situación jurídicamente protegida, que se presume, salvo prueba de que el título que sustenta el derecho para obtener indemnización del daño es ilegal (Henao J. C., 1998, pág. 37).

Se hizo ya precisión en el sentido de que la condición personal del daño no significa que solo quien lo ha sufrido pueda exigir la indemnización, ya que en caso de fallecimiento de la víctima asiste a sus herederos la atribución jurídica proceder procesalmente con el trámite indemnizatorio. Lo dicho, por cuanto debidamente establecida, la responsabilidad conlleva el derecho a la reparación. Aunque de vieja data, un significativo pronunciamiento sobre el tema se advierte al tenor de jurisprudencia de la Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia de Casación, 1942), según el cual "… Las personas que ya por vivir directamente del esfuerzo del muerto, ya por derivar utilidad cierta y directa de las actividades del fallecido, tienen derecho, la personería, la acción, para reclamar o pedir la indemnización de perjuicios, porque ellas directamente han sido perjudicadas".

d) El daño debe ser antijurídico y debe recaer sobre una situación jurídicamente protegida. En otras palabras, un perjuicio que el afectado no tiene obligación legal de soportar, respecto del cual solo es reparable aquello de origen lícito que sufrió afectación o menoscabo; en otras palabras, no se puede demandar reparación sobre aquello que es fruto de hechos ilegales o dudosos; por ejemplo, los deudos de quien obtenía sus ingresos por la comisión de delitos, no podrán reclamar la pérdida del beneficio derivado de tales ingresos, pero sí el *pretium doloris* (expresión latina que significa "precio del dolor").

e) El daño debe ser directo. La reparación del daño debe regirse por el principio general que otorga la víctima el derecho a que le sean reparados todos los daños personales, ciertos, directos, y que hayan causado la desaparición de un beneficio lícitamente obtenido; sin embargo, tratándose de responsabilidad extracontractual este principio general puede limitarse bien sea por cláusulas legislativas razonables, o por estipulaciones voluntarias de los contratantes, quienes autónomamente pueden decidir liberación total o parcial del responsable respecto de su obligación frente a la víctima, atendiendo al interés privado subyacente a los derechos asociados

a un contrato. En este sentido tiene validez lo previsto en el inciso final del artículo 1616 de la codificación civil: "Las estipulaciones de los contratos podrán modificar estas reglas". Respecto de otras normas aplicables, debe indicarse que el mandato superior no consagra cláusulas específicas sobre el régimen de resarcimiento de perjuicios derivados de incumplimiento contractual y, por tanto, en desarrollo del numeral 2 de la cláusula general de competencia consagrada en la Constitución Política, corresponde al Legislador definir las reglas que deben orientar las relaciones contractuales, las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones contraídas y los criterios para determinar el monto del resarcimiento de los perjuicios originados en su incumplimiento, todo ello en el marco del respeto por la autonomía de la voluntad –artículo 16 ibídem–, que rige las relaciones contractuales.

Los requisitos mencionados deben mantenerse siempre presentes con el fin de otorgar al Juez del conocimiento los elementos probatorios necesarios o desvirtuar aquellos que allega la contraparte, tendientes a cumplir con las exigencias para que el daño antijurídico sea resarcible.

Mediante Sentencia identificada bajo el Expediente 37304, del 11 de octubre de 2017, Consejera Ponente doctora Marta Nubia Velásquez Rico, la Sección Tercera del Consejo de Estado refirió que para otorgar indemnización por daño antijurídico se requiere probar la ocurrencia de los eventos y/o elementos antes descritos. Igualmente expuso que aun si fuera evidente en el juicio de responsabilidad la configuración de una falla del servicio imputable al Estado, la presencia de un daño eventual o hipotético hace improcedente estudiar a fondo la solicitud indemnizatoria puesto que no habría fundamentos legitimantes de la misma. También expuso el alto organismo, que el análisis de la responsabilidad no inicia con el título o régimen jurídico aplicable, sino con la verificación de la existencia del daño, entendido éste como la alteración negativa a un interés protegido.

f) A su turno, en Sentencia del 13 de noviembre de 2014, Consejero Ponente doctor Ramiro Pazos Guerrero, el Consejo de Estado se pronunció así sobre el tema:

> La responsabilidad por la prestación médico asistencial de los particulares (…), se ubica dentro de la categoría de la responsabilidad subjetiva con culpa probada, luego entonces, debe existir

> una falla en el servicio generadora del daño, para efectos de endilgar la respectiva responsabilidad.

El primer punto del análisis efectuado por la Sala refiere directamente a la "carga dinámica de la prueba", y retomando jurisprudencia precedente señala que dicha carga corresponde a la parte que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo. La Sala considera pertinente, en primer lugar, dilucidar estos aspectos a la luz de la Sentencia del 27 de marzo del 2014, de esta misma Sección, sobre las reglas aplicables en la actualidad en materia de responsabilidad médica, y en segundo lugar, pronunciarse respecto al problema jurídico planteado. En cuanto a tales reglas, el fallo plantea las siguientes consideraciones: i) el desarrollo inicial de la jurisprudencia se acogió a la responsabilidad estatal inscrita en el régimen subjetivo de falla probada del servicio, exigiéndose al demandante aportar la prueba de la falla, ya que siendo la actividad médica una obligación de medio, de la sola existencia del daño no había lugar a presumir dicha falla. ii) A partir del segundo semestre de 1992, la Sala acogió el criterio según el cual los casos de responsabilidad por prestación del servicio médico se juzgarían de manera general bajo un régimen subjetivo pero con presunción de falla en el servicio. iii) Posteriormente, en Sentencia del 10 de febrero del 2000, rad. 11878. Consejero Ponente doctor Alier Hernández Enríquez año 2000, se cuestionó la aplicación generalizada de presunta falla en el servicio y se optó por la teoría de la carga dinámica de la prueba, que lleva al juez a establecer en cada caso cuál parte ofrece mejores condiciones de probar la falla o su ausencia. Como es apenas lógico, esta nueva posición adoptada exigiría la aplicación de criterios jurisprudenciales tendientes a aliviar dicha carga, como en efecto se materializó en su momento, al tiempo que se precisaron ciertos criterios sobre la carga de la prueba en casos de responsabilidad médica. iv) Por último, en 2006 se abandonó definitivamente la presunción de falla en el servicio retomando el régimen general de falla probada. Vale hacer hincapié en que actualmente se considera que en procesos de responsabilidad médica deben estar acreditados en el expediente todos los elementos que la configuran, esto es, el daño, la actividad médica y el nexo causal entre una y otro, "sin perjuicio de que para la demostración de este último elemento las partes puedan valerse de todos los medios de prueba legalmente aceptados, incluso de la prueba indiciaria…". Así las cosas, sin duda la actividad médica que compromete la responsabilidad de la administración se acoge a la falla probada; con la salvedad de que dicha responsabilidad se estructura tanto por contravenir

los postulados de la *lex artis*: funcionamiento anormal, negligente o descuidado del servicio médico, como también cuando la actividad desplegada en condiciones normales o adecuadas puede objetivamente dar lugar a que ello ocurra. Una mayor ilustración puede verse en la Sentencia del 29 de agosto de 2013, expediente 30283, Consejero Ponente doctor Danilo Rojas Betancourth.

Se termina este acápite indicando que a juicio de la autora, lo expuesto coincide con las expectativas previstas al comienzo de su desarrollo y además tiene representatividad contextual frente a las mismas.

4.3.2 Elementos de la responsabilidad médico-asistencial

El ejercicio de la actividad médico-asistencial acarrea siempre determinadas consecuencias; éstas muchas veces coinciden con las expectativas favorables, como en es el caso de la evolución satisfactoria de un paciente, pero igualmente pueden presentarse consecuencias adversas; precisamente en este último evento el Estado debe responder cuando la prestación del servicio tuvo lugar en una institución pública, y siempre que se configuren los presupuestos o elementos de responsabilidad médica extracontractual médica atribuible a la administración que dan lugar a pérdida de oportunidad.

Sobre la formulación y conceptualización de tales elementos se ocupan en nuestro medio algunos autores, entre los cuales Ruiz Orejuela, Chacón Pinzón y Obando Obando. A juicio del primero de estos autores esos elementos son tres, a saber: i) una falla o falta del servicio, ii) un daño y iii) una relación de causalidad entre los dos primeros (Ruiz, 2004, pág. 32). El segundo, por su parte, también expone tres elementos, coincidiendo con Ruiz en los dos últimos pero apartándose en cuanto a falla o falta en el servicio para optar por la culpa (Chacón, 2003, pág. 84). Y el citado Obando plantea la falla en el servicio como criterio para imputar responsabilidad médica estatal, según él bajo el siguiente planteamiento:

> … la responsabilidad médica del Estado son las consecuencias nocivas que se derivan de la mala prestación del servicio público de salud suministrado a los particulares; tales consecuencias se evidencian al momento en el que el juez de los contencioso administrativo compruebe que los

> daños padecidos por los pacientes o usuarios del sistema de salud son consecuencia de una acción u omisión estatal (Obando, 2016, pág. 51).

Dice también Obando, que solo debe hablarse de responsabilidad estatal por falla del servicio cuando éste ha funcionado mal, no ha funcionado, o lo ha hecho defectuosamente, con violación de las normas legales o los postulados de la *lex artis*, dando lugar a daños a los usuarios; lo cual, según él, "supone que el factor de atribución de esta responsabilidad es subjetivo o por funcionamiento irregular o anormal del servicio" (Obando, 2016, pág. 53).

Dicho factor de atribución permite inferir que se trata de responsabilidad por obligación de medio, responsabilidad tal que el médico asume frente al paciente, no comprometiéndose a curarlo sino a desplegar sus conocimientos, diligencia y presteza en procura de obtener ese resultado deseable. Y lo es de este carácter puesto que difícilmente y aun tratándose de procedimientos de baja complejidad, el profesional encargado no puede en caso alguno comprometerse a obtener la curación o la recuperación total de un paciente, sobre todo teniendo en cuenta los riesgos y complicaciones que pueden sobrevenir y que escapan a su actuación y previsiones (Chacón, 2003, pág. 126). Pero algo sí es muy claro; esa obligación de medio debe manejarse con el mejor de los criterios, sin acciones ni omisiones por exceso o por defecto, a efectos de prevenir situaciones de pérdida de oportunidad en las cuales pudiera verse involucrado el profesional (e inclusive la entidad prestadora del servicio).

En eventos de este tipo aplican los factores eximentes de responsabilidad, acogidos por la mayor parte de la doctrina e igual por la jurisprudencia del Consejo de Estado, indicando como tales: fuerza mayor, caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima y el hecho de un tercero; factores que cuando se trata de responsabilidad médico-asistencial, no exoneran por igual respecto de obligación de medio o de resultado. En este sentido es pertinente el siguiente planteamiento:

> Según como se ubique el débito prestacional dentro de la actividad médica, como obligación de medio o de resultado, variará la forma de exoneración por parte del médico; inclusive, y según lo visto en la actividad médica compleja, deberá deslindarse el total de la actuación (como actividades principales o secundarias) para saber si las mismas consideradas individualmente son obligaciones de medio o de resultado.

> La causa extraña, es considerada como receptora del vínculo causal entre la conducta del agente y el daño sufrido por la víctima.
>
> Si la actividad médica es considerada como una obligación de medio, el médico se exonerará de toda culpa probando que actuó con toda la diligencia y cuidado que estaba a su alcance.
>
> En cambio, si la obligación es considerada como de resultado, el médico se podrá exonerar probando: a) fuerza mayor y caso fortuito, (…); b) culpa exclusiva de la víctima, cuando es la propia persona que causa el daño en su cuerpo o salud o se genera el perjuicio como tal; c) hecho de un tercero, cuando es una persona ajena a la relación médico- paciente quien ocasiona el daño (Ruiz, 2004, págs. 38-39).

4.4 SATISFACCIÓN DE OBJETIVOS DEL CAPÍTULO

La exposición de contenidos del presente acápite, de origen doctrinal como jurisprudencial, a partir de fuentes idóneas y de la posición personal de la autora, permite afirmar que atendiendo a las pretensiones del Capítulo, se logró establecer el vínculo entre daño antijurídico en la responsabilidad extracontractual del Estado y los elementos que permiten configurar la pérdida de oportunidad en la prestación del servicio médico-asistencial de carácter público. En tal sentido y como forma de validar lo inmediatamente antes dicho, tienen representatividad contextual los planteamientos que a continuación se describen, con base en los cuales se advierte la caracterización del daño antijurídico como indemnizable y autónomo –atendiendo a sus distintas connotaciones respecto de elementos específicos que lo conforman–, e igual la caracterización de la pérdida de oportunidad donde sin duda alguna tiene cabida dicha modalidad de daño.

En lo que atañe al daño indemnizable autónomo son válidos algunos planteamientos que dan cuenta de esta modalidad. Por ejemplo:

- El perjuicio afrontado es un **daño cierto** en cuanto a la pérdida que en sí representa y, por consiguiente, satisface el requisito de certeza respecto del mismo; más aún, en el caso colombiano no parece necesario cuestionar la realidad del daño consistente en la desaparición de una oportunidad que proporcionaba probabilidades serias de ganancia. Se ilustra lo dicho mediante el siguiente postulado: en el caso colombiano no se cuestiona pérdida de oportunidad

cuando un paciente ve disminuidas sus probabilidades de curación como consecuencia de la actuación negligente del médico; sin embargo, sí debe verificarse que el perjudicado tenía una posibilidad previa y real de obtener mejoría en sus condiciones de salud y/o hasta sanar por completo, lo cual no tuvo resultado favorable y de ahí el beneficio indemnizatorio que reclama. No se cuestiona en estos eventos que los perjudicados han sufrido el daño cierto y real sufrido por las víctimas al ver reducidas sus probabilidades de obtener el beneficio inicialmente previsto y posible (restablecimiento de condiciones físicas o la curación de una enfermedad). Hasta ahí no se advierte dificultad alguna, pero lo cierto es que surge ésta al momento de configurar tal daño en el proceso y establecer la respectiva cuantía indemnizatoria; esto último supone tanto el estudio de opciones monetarias como un análisis de las probabilidades de buen éxito de la acción, además de que a veces también se tiene en cuenta el daño moral padecido; con base en tales premisas la indemnización se fija atendiendo concretamente a la mayor o menor probabilidad de obtener el beneficio esperado y teniendo en cuenta la pretensión inicial del perjudicado.

- El reconocimiento de indemnización por concepto del daño a la salud es de tipo inmaterial –plenamente compatible con el reconocimiento del daño moral–; como es apenas natural debe acreditarse en el curso del proceso por quien reclama tal daño, y no se produce por cualquier variación menor, natural o normal de las condiciones previas; por el contrario, solamente tiene lugar cuando hay alteración anormal y negativa de la salud, o inclusive en casos de muerte.

Con criterio de análisis conceptual, es oportuno indicar aquí que a partir de jurisprudencia del año de 2011 antes citada (Sentencia 19031) el concepto de alteración a las condiciones de existencia en casos de lesión a la integridad psicofísica empezó a denominarse daño a la salud, concepto este último adoptado ante la imposibilidad de que el primero comprendiera esa modalidad de daño; al efecto se tuvo en cuenta que los perjuicios inmateriales derivados de una lesión a la integridad psicofísica de la persona no pueden denominarse alteración a las condiciones de existencia, puesto que de este modo el daño a la vida de relación se asimilaría al daño a la salud o perjuicio fisiológico, ambos de carácter autónomo, mientras que no lo es aquél. Tratándose del daño a la salud, el Consejo de Estado optó por caracterizarlo bajo la modalidad de daño autónomo indemnizable, omitiendo consideraciones como lo relativo al daño a la vida de

relación o a la alteración de las condiciones de existencia que favorecen el surgimiento de desigualdades no deseables entre los asociados; esto último puesto que quien pudiera acreditar una mayor vida relacional o una alteración mayor de su condición de vida recibiría una mayor indemnización que aquel cuya vida relacional es menor, pese a que la lesión psicofísica pudo ser la misma. Adicionalmente, un aparte del numeral 7.4 de las Consideraciones formuladas en este fallo establece:

> En relación con el perjuicio inmaterial derivado de una lesión a la integridad psicofísica de la persona, la Sala considera necesario recoger la denominación "alteración a las condiciones de existencia", para avanzar en el estudio de esta clase de daños.
>
> En efecto, el daño a la vida de relación o la alteración a las condiciones de existencia no pueden comprender, de ninguna forma, el daño a la salud –comúnmente conocido como perjuicio fisiológico o biológico– comoquiera que este último está encaminado a la reparación de cualquier lesión o afectación a la integridad psicofísica.

- Cabe destacar que el daño a la salud gana objetivación frente al reconocimiento individual de las secuelas, de la lesión al bien jurídico, ya que con fundamento en la medicina legal y el arbitrio judicial, es posible fijar criterios indemnizatorios –esto es, el componente estático u objetivo y el componente dinámico o subjetivo del daño fisiológico o biológico– tendientes a garantizar un real y efectivo resarcimiento del derecho fundamental al cual se asocia el perjuicio padecido por la víctima.

- No puede afirmarse que por defender un criterio más objetivo para la tasación del daño a la salud, se excluya la no aplicación del arbitrio judicial en cabeza del fallador. En otras palabras y acogiéndose a lo previsto por el artículo 16 de la Ley 446 de1998, la reparación integral del daño a la salud no entra en contradicción con el arbitrio judicial, menos aun si un componente del perjuicio irrogado a la víctima es dinámico y, por tanto, el funcionario judicial –apoyado en la reflexión, la sana crítica, su experiencia y el sentido común– podría y hasta debería en algunos casos determinar a juicio propio el porcentaje indemnizatorio aplicable a la lesión psicofísica.

- En el mismo orden de ideas, para ser jurídicamente relevante en materia de responsabilidad estatal, el impacto del daño respecto de las condiciones de existencia previas ha de ser grave,

drástico, evidentemente extraordinario, capaz de distorsionar en su más amplia dimensión las condiciones antecedentes al mismo.

- Y en cuanto a pérdida de oportunidad por responsabilidad médica estatal, se hizo claridad sobre los requisitos que la conforman, comunes a los que rigen para la responsabilidad civil en general. En reiteradas oportunidades tales requisitos han sido expuestos por la jurisprudencia del Consejo de Estado –por ejemplo en la Sentencia 38267 del 31 de mayo de 2016, Consejero Ponente doctor Danilo Rojas Betancourth– que los caracteriza así:

1. Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio
1. Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento
3. La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, es decir, debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento del hecho dañino, en una situación fáctica y jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba.

Igualmente dichos requisitos fueron expuestos por el mismo Tribunal en la tantas veces aquí citada Sentencia 25706 del 5 de abril de 2017, que habiéndolos "reordenado" se encarga de presentarlos así:

a. Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado
b. Certeza sobre la existencia de una oportunidad
c. Pérdida definitiva de la oportunidad.

No está por demás indicar que esta última caracterización para pérdida de oportunidad por responsabilidad médica estatal está vigente desde su formulación, sin que haya sido objeto de cambio alguno.

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

o Desde su concepción jurisprudencial y doctrinal, y atendiendo a los diferentes eventos de su aplicación –entre los cuales procesos por pérdida de oportunidad por prestación del servicio médico-asistencial– la responsabilidad extracontractual del Estado se inscribe en el ámbito jurídico general de la responsabilidad civil, de contenido económico o patrimonial.

o La responsabilidad civil patrimonial por pérdida de oportunidad conlleva reparación integral que permite a las víctimas obtener una compensación eficaz de los perjuicios causados por culpa de un tercero, y no solo confiere la posibilidad de considerar el evento causal que produjo el hecho, sino también estimar los progresos tecnológicos y sociales que se aplican hoy a las formas de reparación frente a los diferentes hechos dañosos. Desde esta perspectiva, la reparación integral no solo motiva muchas veces a los jueces a actuar con celeridad, sino que además les lleva incluso a adaptar –nunca arbitrariamente– las medidas de compensación a situaciones concretas o particulares de los perjudicados, para lo cual hasta se apartan de fórmulas matemáticas para establecer la indemnización. Y una ventaja adicional derivada de la reparación integral, tiene que ver con que en los casos concretos el fallador deba tomar en cuenta todo tipo de alivio en favor de las víctimas según las circunstancias que las rodeen y con la debida protección frente a eventuales movimientos inflacionarios, de modo que la reparación obtenida sí surta sus efectos esperados.

o Para que se configure pérdida de la oportunidad es imprescindible el elemento certeza del daño, toda vez que en ausencia de la misma sería imposible establecer el nexo de causalidad entre hecho y daño, se atribuiría responsabilidad a un supuesto agente de quien no se tiene prueba sobre su autoría del evento dañoso, e incluso la indemnización de perjuicios carecería de fundamento objetivo. De ahí, entonces, la necesidad de que el demandante acredite la prueba que

soporta sus aspiraciones y con ello logre demostrar que no pudo obtener el beneficio esperado o evitar el perjuicio posible como consecuencia directa de la pérdida de oportunidad generada en su contra por acción u omisión del demandado.

- La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado (art. 90 del mandato superior) genera beneficios concretos, ya que permite al juez identificar con mayor facilidad qué bienes o intereses legítimos son relevantes para el derecho de daños; por consiguiente, se debe perder el temor infundado de que se van a crear una multiplicidad de daños autónomos que los teóricos conservadores de la responsabilidad ven como una amenaza al patrimonio público.

- La noción de daño antijurídico indemnizable aparece como fundamento único de la responsabilidad patrimonial atribuible a la administración por acción u omisión que causan daño a una persona sin que ésta tenga obligación de padecerlo ni de asumir las consecuencias del mismo que dan lugar a pérdida de oportunidad representada en la imposibilidad de lograr una ventaja cierta esperada o de evitar un perjuicio irremediable para los intereses de la víctima. Con base en dicha noción de daño se establece la prioridad resarcitoria en favor del perjudicado, dejando de lado consideraciones relativas al funcionamiento normal o no del servicio público y a la conducta del agente causante de la situación lesiva.

- Coincidiendo con jurisprudencia del Consejo de Estado (Sentencia 34921 del 5 de marzo de 2015), cabe enfatizar en que es prioritario distinguir entre el daño consistente en la pérdida de la ganancia o en la materialización del perjuicio que se pretendía evitar (en el caso de responsabilidad médica, por ejemplo, la muerte del paciente o el desmejoramiento de sus condiciones de salud), y el daño producido por pérdida de la probabilidad de obtener ese provecho o de eludir el menoscabo. De ese modo, dice el alto organismo, cuando se pretende indemnizar los daños derivados de la omisión o tardanza de entidades obligadas a prestar los servicios médico-asistenciales, "… debe quedar acreditado no el resultado final de la lesión o enfermedad que originó la solicitud de atención, sino la existencia de la probabilidad que tenía el paciente de recuperar su salud o preservar su vida y que esa expectativa se perdió en forma definitiva como consecuencia de la actuación imputable a la entidad".

- Las características doctrinal y jurisprudencialmente atribuidas a la pérdida de oportunidad son: (i) ser una probabilidad seria y debidamente fundada, que permita afirmar la certeza del daño y no una mera posibilidad, vaga y genérica, que solo sería un daño meramente hipotético o eventual; (ii) lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma, no el beneficio esperado ni la pérdida que se pretendía eludir; (iii) la medida del daño será proporcional al grado de probabilidad que se tenía de alcanzar el beneficio pretendido; y (iv) el bien lesionado debe ser un bien jurídicamente protegido. Las características precedentes fueron expuestas por el Consejo de Estado en la Sentencia 34921 arriba citada, se desarrollaron conceptualmente en el contenido del presente trabajo y son el fundamento que permite y facilita establecer el vínculo entre el daño y esta modalidad de pérdida de posibilidades. Además debe referenciarse aquí la Sentencia 25706 del 5 de abril de 2017, del mismo Tribunal, reiteradamente citada en esta monografía y que adopta el daño autónomo como fundamento de la pérdida de oportunidad; en torno a características de esta última el fallo retomó los requisitos que según la Sección Tercera del Consejo en Sentencia 18593 del 11 de agosto de 2010, estructuran la pérdida de oportunidad como daño autónomo indemnizable; tales requisitos son:

> ... *(i)* la certeza de la oportunidad que se pierde; *(ii)* la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento; y *(iii)* la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la obtención del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado se encontraba en condiciones fácticas y jurídicas idóneas para alcanzar el provecho por el cual propugnaba o evitar el mal del cual buscaba escapar.

Ahora bien, “Por no existir consenso unificado en cuanto al alcance de la pérdida de oportunidad, la Sala considera pertinente, desde un punto de vista meramente descriptivo, presentar las diferencias que subsisten al respecto en la Sección Tercera de esta corporación” (Sentencia 25706, 2017). En consecuencia, procedió a revisar las dos variantes jurisprudenciales adoptadas por sus miembros y caracterizadas así: la primera corresponde a la teoría de la imputación, con fundamento en la causalidad probabilística; afirma que la responsabilidad es proporcional en función de la probabilidad de la causa, de modo que se imputa al actor una fracción o porcentaje del perjuicio final, por la posibilidad de que con su conducta haya incidido en la producción del daño; la segunda, teoría relacionada con el daño, considera que la pérdida de oportunidad se fundamenta en un daño, cuya reparación aplica no en función del nexo de

causalidad entre el hecho dañoso y el daño final, sino en función de la frustración de la expectativa legítima perdida. Desde esta última postura o variante el fallo en comento es claro en precisar que

> … la pérdida de oportunidad es un daño en sí mismo con identidad y características propias, diferente de la ventaja final esperada o del perjuicio que se busca eludir y cuyo colofón es la vulneración a una expectativa legítima, la cual debe ser reparada de acuerdo al porcentaje de probabilidad de realización de la oportunidad que se perdió.

Y con el propósito de refrendar el anterior criterio, el fallo 25706 retomó lo también expuesto por la misma Sección Tercera en la Sentencia 18593, formulando –entre otros– los siguientes criterios sobre pérdida de oportunidad como daño autónomo:

> … 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 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. (...):
>
> 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 (...). En consecuencia, tratándose de eventos en los cuales se accede a la reparación de la pérdida de un chance, lo indicado no puede ser el reconocimiento, en favor de la víctima, del valor total de la ventaja de la cual fue privado o del deterioro patrimonial que no pudo evitar a raíz del hecho del demandado, sino tener en cuenta que la oportunidad desaparecida tenía un valor y que es éste el que debe ser restablecido; ese valor, según antes se indicó, ha de resultar indiscutiblemente inferior a aquél que hubiere correspondido en caso de haberse demostrado el vínculo causal entre la pérdida del beneficio esperado por la víctima y el hecho de aquel a quien se imputa la correspondiente responsabilidad resarcitoria; es más, como

> también precedentemente se indicó, el monto de la indemnización por la pérdida de la oportunidad habrá de establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente anhelaba el afectado, en función de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino.(...) En cuanto corresponde a esta clase perjuicios, dado que ninguna incompatibilidad existe entre el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el daño autónomo consistente en la pérdida de oportunidad que aquí se ha detallado y la aflicción, angustia y congoja que en el plano puramente moral o inmaterial les generó la mencionada pérdida de oportunidad —que no los perjuicios morales por la muerte de la víctima directa— se hará un reconocimiento por este específico concepto —se subraya—.

Dice también la Sentencia 25706 que habiendo revisado las dos posturas sobre fundamento de la pérdida de oportunidad, la Sala opta por la segunda de ellas, conforme a la cual

> … la pérdida de oportunidad (es) un fundamento de daño derivado de la lesión a una expectativa legítima, diferente de los demás daños que se le pueden infligir a una persona, como lo son, entre otros, la muerte (vida) o afectación a la integridad física, por lo que así como se estructura el proceso de atribución de estos últimos en un caso determinado, también se debe analizar la imputación de un daño derivado de una vulneración a una expectativa legítima en todos los perjuicios que de ella se puedan colegir, cuya naturaleza y magnitud varían en función del interés amputado y reclamado.

Con base en lo anterior, la Sala sostiene que no puede aceptarse la pérdida de oportunidad como criterio auxiliar de imputación de responsabilidad, toda vez que jurídicamente sería inaceptable atribuir responsabilidad sin que exista certeza sobre el nexo entre el daño y el hecho dañino, ni tampoco debe ni puede construirse “presunción artificial y parcial de responsabilidad”, que mediante esta técnica de facilitación probatoria conduzca a reparar una fracción de la totalidad del daño final sin tener siquiera certeza de que el demandado fue realmente causante del daño. En definitiva, la Sala considera que el verdadero alcance de la pérdida de oportunidad “es aquel que la concibe como fundamento de daño, proveniente de la violación a una expectativa legítima”; y destaca que pese a la ocurrencia de eventos de incertidumbre causal, no por ello la pérdida de oportunidad opera como herramienta para resolver estos casos, puesto que haciéndolo no solo se eximiría al demandante de la carga probatoria sobre vínculo entre el hecho dañoso y el perjuicio final, sino porque se estaría rompiendo la igualdad entre las partes por el beneficio otorgado a una de ellas con una presunción de causalidad que nunca será procedente.

- Una conclusión última, de carácter formal: a través de los contenidos desarrollados se da por satisfecho el objetivo de esta monografía, puesto que se establecieron los elementos o requisitos que conforman la responsabilidad estatal por prestación del servicio médico-asistencial y se hizo claridad conceptual respecto de los mismos, en orden a dar validez y significación a lo actuado. Los planteamientos expuestos deben y pueden asumirse, en tanto sea posible, como alternativa de respuesta a la problemática que dio origen a este documento. Es necesario que la administración, sus entidades y funcionarios actúen siempre de modo ejemplar en cumplimiento de su responsabilidad, lo cual sugiere acciones consecuentes en todos los casos, todas ellas orientadas al mismo fin: evitar el daño antijurídico a terceros en cualquier tipo de evento –naturalmente incluida la prestación de servicios médico-asistenciales–, y en caso de generarse tal daño siéndole imputable, proceder a la indemnización de perjuicios. Compete a la administración y sus agentes asumir conciencia sobre el rol que les compete de cara a la protección de derechos ciudadanos y al cumplimiento de previsiones consagradas en el mandato superior, entendiendo ambos criterios como prioridad de su accionar. Igual compete a la ciudadanía conocer sus derechos y responsabilidades en casos de eventual daño antijurídico, sobre todo a efectos de evitar desgaste judicial con procesos de reclamación por pérdida de oportunidad cuando ésta no goza del suficiente soporte probatorio que le aporte mérito procesal; esto último, además, como respuesta al obligatorio comportamiento ético-social sobre el cual se apoya el accionar de toda persona justa.

- A manera de recomendación, desde el punto de vista funcional se sugiere priorizar en el fortalecimiento de lo relativo al daño a la salud como daño autónomo, como perjuicio inmaterial cuya caracterización difiere de la de otras formas de daño susceptibles de generar errores e inequidad cuando de reparación se trata. Así las cosas, doctrina y jurisprudencia debieran proponer fórmulas unificadoras de la conceptualización del daño a la salud, en el marco general del derecho de daños; haciéndolo se estaría dando un aporte práctico y eficaz al juez para centrarse tanto en la afectación psicofísica de la víctima como igualmente en el análisis de la individualidad de cada sujeto, incluso remitiéndose a recursos o factores como los enunciados en materia de sana crítica, experiencia, sentido común y arbitrio (no arbitrariedad) para tasar el monto indemnizatorio.

REFERENCIAS

BIBLIOGRÁFICAS, HEMEROGRÁFICAS Y DE PÁGINAS WEB:

Aristizábal, D. (2010). *Apuntes sobre el daño punitivo en la responsabilidad patrimonial colombiana.* UPB - *Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol. 40, No. 112, 175-201.

Bermúdez, M. (1998). *Responsabilidad de los jueces y del Estado.* Santafé de Bogotá. Librería del Profesional. Cit. por Irisarri, C. *Op. Cit*, p. 76.

Calle M., M. L. *La pérdida de una oportunidad en la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria*. Revista Nueva Época – Corporación Universidad Libre (Bogotá), Vol. 19, No. 41, dic. 2013.

Chabas, F. *La Pérdida de una oportunidad ("Chance") en el Derecho Francés de la Responsabilidad Civil*. Traducción de Fernando Moreno Q. Revista de Responsabilidad Civil y del Estado IARCE. Septiembre de 2013.

Chacón P., A. J. (2003). *Fundamentos de responsabilidad médica. Una perspectiva iberoamericana del Derecho médico*. Bogotá. Ediciones Jurídicas Ibáñez.

Cubides, J. (2005). *Hecho imputable dañoso*. En: *Obligaciones*. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana.

Cubides, J. (2005). *Obligaciones*, 5 ed. (con la colaboración de Juanita Cubides Delgado). Bogotá. Ciencias Jurídicas PUJ. Colección Profesores 3.

De Cupis, A. *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, p. 81, citado por Henao, J. C. (2007). *El daño*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

Diazgranados M., S. (2001). *Responsabilidad del Estado por daño especial*. Trabajo de grado para optar al título de Abogado. Bogotá. Universidad Javeriana. Obtenido de http://www. javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/der2/Tesis46.pdf.

Esguerra, J. C. (2004). *La protección constitucional del ciudadano*. Bogotá. LEGIS.

Fernández, T. R. (1988). *La responsabilidad patrimonial de la Administración: Fundamento y tendencias actuales.* En: *El Contencioso Administrativo y la Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.

García De Enterría, E. (1984). *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa* (reedición). Madrid. CIVITAS.

García De Enterría, E. & Fernández, T. R. (1993). *Curso de Derecho Administrativo, T. II.* 4ª ed. Madrid. CIVITAS.

Giraldo G., L. F. (2009). *La pérdida de oportunidad en materia médica. Un tema de daño, no de imputación*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 276p.

_____. (2011). *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

Gil Botero, E. (2010). *Responsabilidad extracontractual del Estado*, 4 ed. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez.

Gutiérrez T., V. y Gómez S., S. *"Pérdida de Oportunidad" en la responsabilidad médica estatal, entre el vaivén de la certeza y la incertidumbre. "Loss of Chance" on the state medical liabily within the fluctuations of uncertainty and certitude*. Revista Pluriverso núm. 9 (jul. - dic. 2017).

Henao, J. C. (1998). *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés.* Bogotá. Editado por el Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2007.

Herrera M., D. A. (2016). *El daño y el nexo causal en la pérdida de oportunidad*. Trabajo presentado para optar al título de Magister en Derecho Público. Bogotá. Universidad del Rosario. 170p.

Ibáñez M., E. P. (2009). *La teoría de la pérdida de la oportunidad en Colombia, un tema de incertidumbre en la causa o en el daño.* Trabajo de grado presentado para optar al título de Abogado. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. 106p.

Irisarri, C. (2000). *El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado.* Tesis de grado presentada para optar al título de Abogado. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana-Facultad de Ciencias Jurídicas-Departamento de Derecho Público, pp. 74-76.

Le Tourneau, P. *La responsabilidad civil*. Javier Tamayo Jaramillo (trad., 2004). Bogotá. LEGIS.

Martínez Rave, G. (1995). *Responsabilidad civil extracontractual en Colombia*, 8ª ed. Bogotá. Biblioteca Jurídica Diké.

_____. (2007). *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*, 7ª ed. Bogotá. Ediciones Jurídicas Diké.

_____. (2011). *La responsabilidad civil extracontractual*, 11ª ed. Bogotá. TEMIS.

Mazeaud, H. y L.; Tunc, A. & Capitant, H. (1963). *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil*. Luis Alcalá-Zamora y Castillo (trad.). Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América.

Medina Alcoz, L. (2007). *Teoría de la pérdida de oportunidad*. Madrid. Thomson Civitas. En: Revista Virtual Via Inveniendi Et Iudicandi. Edición 12, Vol. 6, No 2, julio-diciembre 2011.

_____. (2007a). *La Teoría de la Pérdida de Oportunidad. Estudio Doctrinal y Jurisprudencial de Derecho de Daños Público y Privado*. Thomson Civitas. Madrid.

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

_____. *Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual). La doctrina de la pérdida de oportunidades.* Revista de responsabilidad civil y seguro, 2008, p. 73. Cit. Por Salazar H., C. Op. Cit. pp. 83-84.

Mosset, J. (director) & Kemelmajer, A. (coordinadora) (1997). *Responsabilidad civil.* Buenos Aires. HAMMURABI.

Obando O., B. S. (2016). *Responsabilidad médica por pérdida de oportunidad: Análisis desde el bioderecho y la gerencia de la salud*. Bogotá. Librería Jurídica Sánchez R.

Ossorio, M. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. 1ª edición electrónica*. Guatemala.

Pérez M., G. A. *El dilema de la responsabilidad: más Kelsen y menos Descartes. Anuario de responsabilidad civil y del Estado 2* (diciembre 2015). UNAULA (Medellín), 27-46.

Plata Prince, L. C. (2016). *La naturaleza de la pérdida de oportunidad y su teoría jurídica en el derecho de daños*. Trabajo presentado para optar al título de Magister en Responsabilidad

Contractual y Extracontractual, Civil y del Estado. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

Real Academia Española (RAE). (2017). *Diccionario de la Lengua Española – Edición del Tricentenario.* En: http://dle.rae.es/?w=diccionario

Rivas, J. (S.f.). *Línea jurisprudencial: Responsabilidad del Estado colombiano por teoría del riesgo excepcional*. En: repository.usta.edu.co/.../Linea%20Jurisprudencial %20Analisis % 20de%20Sentencias

Riveros, J. (1984). *Derecho administrativo,* 9a. ed. Caracas. Universidad Central de Venezuela.

Rodríguez R., L. (2008). *Derecho administrativo: general y colombiano*, 3ª ed. Bogotá. TEMIS.

Rodríguez, J. L. (2014). *El daño antijurídico y su función resarcitoria.* En: https://www.asuntos legales.com.co

Rojas Q., T. (2018). *Monografía Jurídica. Propuesta de trabajo de grado. Maestría en Derecho Administrativo.* Medellín. UNAULA, 73p.

Rojas, T. y Viveros, C. C. (2013). *El procedimiento de expropiación por vía administrativa en Colombia. Análisis sobre los derechos del arrendatario de un inmueble sujeto a tal medida administrativa.* Trabajo de grado presentado para optar al título de Magister en Derecho Procesal Contemporáneo. Universidad de Medellín – Facultad de Derecho.

Ruiz J., L. B. & García A. O. (2010). *La relación de causalidad en la valoración de la prueba en la responsabilidad médica administrativa, estudio de la jurisprudencia del Consejo de Estado*. En: https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/viewFile/ 331367/20787508

Ruiz O., W. (2004). *Responsabilidad médica estatal*. Bogotá. Librería Jurídica Sánchez R, 262p.

Salazar H., C. (2013). *La Teoría de la Pérdida de la oportunidad: Un daño autónomo y un perjuicio independiente.* Trabajo presentado para optar al título de Magister en Responsabilidad Contractual y Extracontractual, Civil y del Estado. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 167p.

Santofimio G., J. O. (2017). *Compendio de Derecho Administrativo*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 1303p.

Tamayo J., J. (2007). *Tratado de responsabilidad civil, T. II.* Bogotá. LEGIS.

Tamayo J., J. (2017). *Sobre las pruebas de la culpa médica en derecho civil y administrativo*. Medellín. Editorial Biblioteca Jurídica Diké.

Tovar C., N. (2015). *Teoría de la Pérdida de la oportunidad en la responsabilidad médica dentro del campo ginecobstétrico.* Trabajo presentado para optar al título de Magister en Derecho Administrativo. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

Varón V., D. E. (s.f.). *Requisitos del daño para ser indemnizable.* Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

Yepes R., S. (2008). *Responsabilidad civil médica*. Bogotá. Biblioteca Jurídica DIKÉ.

Zeno Santiago, Ch. (s.f.). *Concepto del daño y su reparación*. Presentación .ppt

JURISPRUDENCIA:

a) CONSEJO DE ESTADO:

Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa Administrativa - Sección Tercera. Sentencia del 5 de diciembre de 2005, rad. 14731. Consejero Ponente doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 26 de mayo de 2011, rad. 20097. Consejero Ponente doctor Hernán Andrade Rincón.

Consejo de Estado, Sección Tercera - Subsección C. Sentencia del 09 de julio de 2014, rad. 29337. Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sección Tercera - Subsección C. Sentencia del 21 de febrero de 2002, rad. 14215. Consejero Ponente doctor Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Sentencia del 27 de junio de 1991, rad. 6454. Consejero Ponente doctor Julio César Uribe Acosta.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Sentencia del 6 de junio de 2007, rad. 16460. Consejera Ponente doctora Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 05 de abril de 2017, rad. 25706. Consejero Ponente doctor Ramiro Pazos Guerrero.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo – Subsección C. Sentencia del 01 de febrero de 2016, rad. 53704. Consejero Ponente doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo – Subsección C. Sentencia del 28 de enero de 2015, rad. 32912. Consejero Ponente doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 25 de febrero de 1993, rad. 7742. Consejero Ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. En: Revista Jurisprudencia y Doctrina 257 (mayo 1993), p. 437.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera. Sentencia del 16 de junio de 1997, rad. 10024. Consejero Ponente doctor Ricardo Hoyos Duque. En: Revista Jurisprudencia y Doctrina 309 (septiembre 1997), p. 1250.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera. Sentencia del 15 de marzo de 2001, rad. 11222. Consejero Ponente doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera. Sentencia del 16 de agosto de 2006, rad. 15187. Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 10 de agosto de 2001, rad. 12555. Consejero Ponente doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 6 de febrero de 1992, rad. 6030. Consejero Ponente doctor Julio César Uribe Acosta.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena Contencioso Administrativa. Sentencia del 13 de julio de 1993, rad. 8163. Consejero Ponente doctor Juan de Dios Montes Hernández.

Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 27 de enero de 2000, rad. 10867. Consejero Ponente doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 18 de marzo de 2004, rad. 13318. Consejera Ponente doctora María Elena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 8 de junio de 1999, rad. 3540. Consejero Ponente doctor Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera-Sub-Sección B. Sentencia del 3 de agosto de 2017, rad. 37026. Consejero Ponente doctor Ramiro Pazos Guerrero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección B. Sentencia del 5 de abril de 2017, rad. 25706. Consejero Ponente doctor Ramiro Pazos Guerrero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección B. Sentencia del 3 de agosto de 2017, rad. 42746. Consejero Ponente doctor Ramiro Pazos Guerrero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 14 de junio de 2001, Expediente 11.901. Consejero Ponente doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de julio de 2017. Expediente 39317. Consejero Ponente doctor Ramiro Pazos Guerrero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 16 de agosto de 2006. Expediente 14.957. Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 15 de agosto de 2002. Expediente 11.605. Consejero Ponente doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de agosto de 2008. Expediente 16.516. Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sala Plena Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 13 de junio de 1993. Expediente 8163. Consejero Ponente doctor Jua de Dios Montes Hernández.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 25 de agosto de 2011. Expediente 19718. Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera - Subsección A. Sentencia del 1° de marzo de 2018. Expediente 43.269. Consejera Ponente doctora Marta Nubia Velásquez Rico.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 11 de mayo de 2006. Expediente 14.400. Consejero Ponente doctor Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 14 de setiembre de 2011. Expediente 19031. Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 31 de mayo de 2016. Expediente 38267. Consejero Ponente doctor Danilo Rojas Betancourth.

Pronunciamientos adicionales sobre tema de imputación:

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Sentencia 3 del 17 de julio de 1990. Consejero Ponente doctor Gustavo De Greiff Restrepo. En Anales del Consejo de Estado, T. CXX, p. 31.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 16 de Septiembre de 1999. Consejero Ponente doctor Ricardo Hoyos Duque. Revista Jurisprudencia y Doctrina, T. XXIX, número 338, p. 251.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 2 de octubre de 1999, Consejero Ponente doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez. Revista Jurisprudencia y Doctrina, T. XXIX, número 338, p. 244.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 3 de febrero de 2000. Expediente 14.787. Consjero Ponente doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez.

b) CORTE CONSTITUCIONAL:

Corte Constitucional. Sentencia C-333 de 1996. Magistrado Ponente doctor Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C-918 del 29 de octubre de 2002. Magistrado Ponente doctor Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional. Sentencia C-832 del 8 de agosto de 2001. Magistrado Ponente doctor Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-118A/13 del 12 de marzo de 2013, Expediente T- 3615351. Magistrado Ponente doctor Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. Sentencia T-1258352 del 27 de julio de 2007. Magistrado Ponente doctor Rodrigo Escobar Gil.

c) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:

Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia del 2 de marzo de 2016. Expediente SC2506. Magistrada Ponente doctora Margarita Cabello Blanco.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de septiembre de 2002. Expediente 6.878. Magistrado Ponente doctor Jorge Santos Ballesteros.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de noviembre de 2014. Expediente SC15746. Magistrado Ponente doctor Fernando Giraldo Gutiérrez.

Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia del 13 de enero de 2013. Radicado No.11013103026200200358 01. Magistrado Ponente doctor Fernando Giraldo Gutiérrez.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia de Casación del 24 de junio de 1942. En: Gaceta Judicial T. LIII, No. 1938, p. 656.