

**PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN RESPONSABILIDAD MÉDICA EN EL ESTADO
COLOMBIANO**

HEIDY BARRETO CRUZ

LILIANA MARCELA RÍOS DUSSAN

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS DE AQUINO

FACULTAD DE POSGRADOS

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

BOGOTÁ

2016

**PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN RESPONSABILIDAD MÉDICA EN EL ESTADO
COLOMBIANO**

HEIDY BARRETO CRUZ

LILIANA MARCELA RÍOS DUSSAN

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR EL TÍTULO DE ESPECIALISTA EN
DERECHO ADMINISTRATIVO**

DIRECTOR

DOCTOR: ÉDGAR ANTONIO GUARÍN RAMÍREZ

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS DE AQUINO

FACULTAD DE POSGRADOS

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

BOGOTÁ

2016

***A nuestras hijas, Catalina y Mariana
quienes nos han dado la entereza
para culminar este gran logro***

***Igualmente, a nuestro director de investigación
doctor Edgar Antonio Guarín por su dirección e
incondicionalidad en el desarrollo del presente trabajo***

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se va a desarrollar con base en el método deductivo, toda vez que se pretende hacer un recuento generalizado de la responsabilidad extracontractual del Estado en el desarrollo de la actividad médica y de la aplicación de la figura de la pérdida de oportunidad; para lo cual se analizarán sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado con el fin de identificar una diversidad de posiciones, con el objetivo de demostrar, cómo a raíz de las diferentes interpretaciones se determina el monto de indemnización de los perjuicios sufridos por las víctimas.

Así mismo y, en aras de solucionar la problemática planteada, se estudiarán las características de las sentencias de unificación, según lo dispuesto por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y, por la jurisprudencia sentada por la Altas Cortes.

1. Concepto de responsabilidad

Se entiende por responsabilidad el deber que tiene una persona de reparar, por haber ocasionado un daño a otra.

La responsabilidad es una relación intrínseca entre dos o más personas que se genera por las actuaciones desplegadas que generan diversas consecuencias “nace cuando se da un hecho dañoso que lesiona un patrimonio ajeno” (MARTINEZ RAVE, 1996).

El daño “Es el trastorno, menoscabo, lesionamiento de un patrimonio, es un aspecto económico, pecuniario o material, ya en su aspecto emocional o fisiológico (...) Si no hay daño no hay responsabilidad civil” (MARTINEZ RAVE, 1996), es decir, es el individuo responsable cuando está obligado a indemnizar el daño.

2. Responsabilidad extracontractual

“La responsabilidad civil extracontractual es la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales o emocionales de asumir un hecho dañoso” (MARTINEZ RAVE & MARTINEZ TAMAYO, RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL, 2003)

3. Responsabilidad Extracontractual del Estado

La responsabilidad del Estado tiene su cimiento en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia de 1991 que consagra la cláusula general de responsabilidad, según la cual, el Estado Colombiano deberá responder patrimonialmente sí se configuran 3 presupuestos: I) La existencia de un daño antijurídico II) Que dicho daño haya sido causado por la acción o la omisión de una autoridad pública III) Que dicho daño sea imputable al Estado.

A continuación se analizarán tales presupuestos.

3.1 Elementos de la Responsabilidad del Estado

4.1 Daño antijurídico

Este elemento se extrae del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia y se refiere a que “el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo.” (RODRIGUEZ RODRIGUEZ, 2007)

Según el tratadista Tamayo Jaramillo el daño antijurídico es: “Todo daño que cause el Estado debe ser reparado, así no haya culpa de la administración, pues en equidad y, en apariencia, nadie tiene la obligación de sufrir daños, ya que, en parte alguna, el legislador impone en forma expresa esta obligación” (TAMAYO JARAMILLO, 2012)

Para precisar podemos concebir el daño como una alteración o una violación a un derecho cuyas consecuencias no son susceptibles de ser sufridas o padecidas por una persona. Para que se pueda reputar la existencia del daño a la luz de varios doctrinantes, se necesita que haya un carácter cierto, dado que su núcleo fundamental es la certeza, es decir, que el daño no sea hipotético, no sea eventual.

3.2 Que dicho daño haya sido causado por la acción o la omisión de una autoridad pública

Por otra parte, para que el Estado este en la obligación de indemnizar los daños causados, es indispensable que además de ser antijurídico, este haya sido generado por una acción u omisión de sus agentes.

3.3 Que dicho daño sea imputable al Estado.

Se entiende por imputabilidad de “aquel en contra de quien se invoca un hecho generador de responsabilidad se debe poder considerar jurídicamente que deber responder, sea

porque es el autor, sea porque la regla de derecho le impone asumir las consecuencias en provecho de la víctima” (PAILLET, 2001), para atribuir responsabilidad al Estado debe estudiarse el sustento tanto factico como jurídico de las condiciones en las que se encontraba obligado a actuar el agente del daño, el cual debe estar en desarrollo de un servicio que el Estado le ha encomendado.

4. Responsabilidad Extracontractual del Estado en desarrollo de la actividad médica

En la prestación de los servicios de la salud por parte del Estado, puede presentarse que el cumplimiento de los deberes médicos no sean prestados atendiendo a las reglas de la *lex artis*, ya sea por la acción o la omisión de los galenos, lo que puede desencadenar en un daño antijurídico.

En ese orden, cuando se trata de daños causados en la prestación del servicio de salud y cuando no es evidente la existencia del nexo causal entre el daño y la conducta desplegada por los profesionales de la medicina, es decir, de una clara relación de causalidad entre la causa y el consecuente efecto, aparece la pérdida de oportunidad. Que en principio surge como una cuestión problemática, puesto que no se sabe si el elemento de la certeza, es decir, lo que no es hipotético, lo que no es eventual puede ser en realidad un daño que se pueda reclamar. No obstante se considera que se puede predicar la certeza del daño, entendida como algo que no es un derecho, sino como una expectativa legítima.

5. Pérdida de la oportunidad

En el derecho de la responsabilidad médica la pérdida de la oportunidad aparece como una fórmula para resolver problemas de imputación, es decir, que se aplica cuando no es

posible probar la existencia del nexo causal entre la falla del servicio médico y el resultado que sufrió la víctima.

Ha sido definida como “la frustración de una esperanza. En su formulación más amplia, esa esperanza está dirigida a la consecución de un resultado que pondría a la persona en una situación más favorable a la previa o la evitación de un perjuicio. Esta doctrina, se reitera, tiene mayor presencia en los eventos de responsabilidad médica, según la cual, se echa de menos un actuar más diligente del servicio médico-sanitario, para que el paciente hubiera conservado sus oportunidades de recuperarse. Así pues, no existe certeza de que la mala prestación del servicio (que por lo general es un actuar omisivo) sea la consecuencia directa del resultado dañoso (muerte, amputación, incapacidades, etc), ya que en estos supuestos estamos ante una falla del servicio con indemnización plena, sino de la pérdida de las probabilidades que tenía el paciente de estar en una mejor situación” (BOTERO, 2013)

Como se indica, para hablar de pérdida de la oportunidad es porque existe incertidumbre, pero no cualquier tipo, debe ser una incertidumbre razonable, mediante la cual se pueda inducir que sí el servicio médico sanitario no hubiese sido negligente la víctima habría preservado el chance de recuperarse.

Por su parte Luis Medina Alcoz ha definido la pérdida de la oportunidad como “La palabra francesa chance, en singular, significa posibilidad o probabilidad, la manera favorable o desfavorable en que se desarrolla un determinado acontecimiento, pero en una segunda aceptación, significa suerte, fortuna; ocasión, oportunidad, posibilidad o probabilidad favorable. El lenguaje jurídico ha tomado este segundo sentido, concretamente en el ámbito del Derecho de la responsabilidad civil, para hacer referencia a un discutible –pero ampliamente

admitido- concepto dañoso consistente en la pérdida de una ocasión favorable, de una posible ventaja o beneficio, de un concreto resultado apetecido y esperado. Pérdida de chance es, pues, la pérdida de la oportunidad de obtener algún tipo de provecho o utilidad.” (MEDINA ALCOZ, 2007).

6. Requisitos de procedencia de la pérdida de oportunidad como daño autónomo e independiente, definidos por la jurisprudencia los cuales son:

6.1 “Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio”

Quiere decir que la oportunidad despojada debe tener un grado alto de posibilidad de ocurrencia, o más bien, un elevado grado de probabilidad, que se demuestra en el proceso con medios técnicos, con testimonios, con peritajes y con otros medios de prueba, para ser indemnizable, a pesar de que ese resultado en realidad es incierto.

Al respecto se han pronunciado los siguientes especialistas en el tema:

“la “chance” u oportunidad, es una posibilidad concreta que existe para obtener un beneficio. El incierto es el beneficio pero la posibilidad de intervenir es concreta, pues existe de forma indiscutible. Por eso afirmamos que existe daño jurídicamente indemnizable cuando se impide esa oportunidad o ese “chance” (SENTENCIA, 2013).

“Las dificultades pueden presentarse en la evaluación, porque lógicamente ésa no puede ser la del beneficio que posiblemente se habría obtenido sino otra muy distinta” (MARTINEZ RAVE & MARTINEZ TAMAYO, RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL, 2003).

6.2 “Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento”

Se refiere a que la esperanza o posibilidad de haber evitado un resultado dañoso o de haber conservado la posibilidad de recuperación o, de sobrevivir, debe ser nula.

6.3 “La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado”

Éste requisito se relaciona con las circunstancias en las cuales se encontraba el paciente para el momento en el cual la intervención activa o pasiva del personal médico hizo que se perdiera la oportunidad. Sobre éste tema la doctrina ha expresado “No existe cuando quien se pretende damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida” (ZANNONI, 2005).

En reiterados pronunciamientos la jurisprudencia ha puntualizado “lo resarcible por este concepto es esa oportunidad misma y no el total de la ganancia o provecho perdido o del detrimento que se pretendía evitar; el objeto de la indemnización es una probabilidad y la adecuada compensación por la pérdida de la misma se corresponde con la apreciación en dinero del porcentaje de posibilidades de que la oportunidad respectiva se hubiere concretado” (BOTERO, 2013).

Ahora bien, la jurisprudencia sentada por el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha establecido dos formas de indemnización en la aplicación de la figura de la pérdida de la oportunidad “1. La indemnización como un daño autónomo: La pérdida de oportunidad se indemniza como un *perjuicio independiente*, esto es, se concede como un rubro diferente a los que tradicionalmente se reconocen en un proceso judicial de responsabilidad

patrimonial (morales; materiales: daño emergente, lucro cesante; daño a la salud, etc) (BOTERO, 2013).

Es decir, que la oportunidad pérdida o arrebatada debe estimarse económicamente porque es distinto del perjuicio final

“2. La indemnización del daño sufrido en una proporción reducida, en consideración al porcentaje de oportunidad perdida (...) el límite de la indemnización estará sometido a la oportunidad pérdida, en relación con la ventaja esperada, y sin admitir que el solo *chance* constituya un daño independiente” (BOTERO, 2013)

Cabe señalar que en la segunda acepción, lo que aquí se pretende es facilitarle la prueba a la víctima, por cuanto ésta no cuenta con la experticia necesaria para probar la conducta del galeno y además porque es deber del Estado reparar a quien haya sufrido el daño.

Conforme a lo anterior, surge la siguiente pregunta ¿de qué manera las sentencias de unificación contribuyen para solucionar la problemática que surge en Colombia por el hecho de que el Consejo de Estado falle de manera distinta, casos similares con la consecuente afectación del principio de igualdad?, la cual se pretende resolver con el presente trabajo; no obstante, se hace necesario analizar algunas decisiones proferidas por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa que reflejan la referida problemática.

7. Posturas del Consejo de Estado

Frente la figura de la pérdida de la oportunidad o también denominada “Chance” el Consejo de Estado se ha ramificado por dos grandes posturas, para lo cual haremos un pequeño recuento de varios casos resueltos por las diferentes Subsecciones de la Sección Tercera

del Consejo de Estado en los cuales se ha acudido a la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad y de esta manera se establecerá las diferencias a nivel conceptual y en materia de tasación de los perjuicios a la hora de indemnizar.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, 12 de marzo de 2015, expediente 32297, Magistrado Ponente: Doctor Hernán Andrade Rincón.

En el caso analizado, una persona ingresa al servicio de urgencias de una red hospitalaria como tras sufrir un accidente de tránsito y allí se le diagnostica una fractura en sus miembros inferiores y, se ordena su hospitalización, que perduró alrededor de 15 días. Durante la estadía presentó vomito en 4 ocasiones, el primero fue de color café y el último, que le produjo la muerte, fue de color negro. Cabe resaltar que también presentaba un cuadro anémico, signo de una úlcera gástrica; sintomatología a la que el personal de salud no se le prestó atención, al punto de casi ser desapercibida, ya que concentraron sus esfuerzos en tratar la lesión ortopédica pasando por alto que la atención en salud debe ser integral.

En esta sentencia se citó otro pronunciamiento de la jurisdicción, en el que se precisó con claridad la naturaleza de la pérdida de oportunidad, en las siguientes palabras: “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” (SENTENCIA, 2011).

Frente al caso sub-examine anotó: “(...) 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” (SENTENCIA, 2015).

Nótese que la pérdida de oportunidad es considerada como un perjuicio autónomo y diferente del daño final, que en este caso fue la muerte.

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

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, 5 de marzo de 2015, expediente 34921, Magistrado Ponente: Ramiro de Jesús 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” conceptúo que ya no era posible su realización por el tiempo transcurrido desde el acaecimiento de los hechos.

Ahora bien, en la presente decisión se le fijó el siguiente alcance a 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 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” (SENTENCIA, 2015).

También se definieron las principales características de la pérdida de oportunidad en las siguientes palabras: “(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 el beneficio” (SENTENCIA, 2015).

Teoría que aplicó al respectivo caso en los siguientes términos: “ Así las cosas, considera la Sala que el señor Julio Alejandro Trujillo Lema tenía la oportunidad de mejorar su estado de salud, pero que esa oportunidad se perdió por no haberlo remitido en forma oportuna a la clínica donde habría de practicársele dicha intervención y, en consecuencia, la entidad demandada, a la cual correspondía brindar atención idónea oportuna y eficaz deberá responder por el daño autónomo causado al paciente por la pérdida de esa oportunidad” (...) “Como lo resarcible es este caso no son los daños corporales que sufre el señor Trujillo Lema, no hay lugar a reconocerle indemnización por el daño a la salud, ni los demás perjuicios materiales e inmateriales reclamados en la demanda (daño fisiológico, alteración a las condiciones materiales de existencia y lucro cesante). Se le reconocerá sí la indemnización por el daño autónomo a la pérdida de la oportunidad que tenía el paciente de mejorar su aspecto y funcionalidad visual, al recuperar el movimiento de algunos músculos de la cara, con la cirugía recomendada por el especialista, la indemnización se hará solo por el perjuicio moral que les causó la privación de esa oportunidad” (SENTENCIA, 2015).

Se advierte que en primera instancia el Tribunal Administrativo del Atlántico decidió denegar las pretensiones de la demanda, no obstante, el Consejo de Estado declaró patrimonialmente responsable al Instituto de Seguros Sociales por los perjuicios causados como consecuencia del daño autónomo y condenó a la indemnización por daños morales.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, 25 de octubre de 2013, expediente 25.869, Magistrado Ponente: doctor Enrique Gil Botero.

Es el caso de una persona que acudió al servicio hospitalario como consecuencia de un accidente que le dejó lesión en el pie derecho. En un principio se le prestaron los servicios

que ameritaba la herida, sin embargo, el pronóstico no fue el mejor y era considerable la posibilidad de amputación, que luego se materializó; no obstante, se consideró que el personal médico incurrió injustificadamente en demora en la atención prestada, ya que el paciente no fue atendido de manera urgente, dado que se dejó trascurrir demasiado tiempo para realizarle el respectivo lavado quirúrgico y el desbridamiento que demandaba; procedimiento mediante el cual se hubiesen logrado retirar los tejidos afectados, aplacar la contaminación y evitar la infección. Al no desplegarse de manera inmediata la referida actuación se esparció rápidamente una infección que produjo la denominada “gangrena gaseosa” que finalmente produjo la amputación del pie derecho.

Para cuantificar el daño, se consideró la pérdida de oportunidad como daño autónomo, al respecto se hizo la siguiente precisión: “la pérdida de oportunidad permite hacer una proyección porcentual del daño, la indemnización de todos los perjuicios reconocidos por la ley y la jurisprudencia se tasarán en función de la probabilidad pérdida” (SENTENCIA, 2013).

En cuanto a la forma en cómo debe indemnizarse señaló “La forma de indemnizar la pérdida de oportunidad, deberá ser proporcional al porcentaje que se le restó al paciente con la falta o el retardo de suministro de tratamiento, intervención quirúrgica, procedimiento o medicamento omitido” (SENTENCIA, 2013).

Además se indicó que, para cuantificar el daño el juez tiene que determinar cuáles eran las probabilidades que tenía la víctima de preservar su miembro inferior derecho de haber mediado una atención urgente; probabilidad que debe sustentarse en el acervo probatorio. Igualmente se indicó que el operador jurídico queda facultado para que subsidiariamente acuda al principio de equidad y reparación integral.

Ahora bien, es importante señalar que en sentencia de primera instancia el Tribunal Administrativo de Santander declaró la responsabilidad patrimonial de la parte demandada. Frente a la indemnización de perjuicios condenó por perjuicios morales y negó los perjuicios fisiológicos y materiales.

En segunda instancia, también se declaró la responsabilidad patrimonial con ocasión de los perjuicios sufridos, valga la redundancia, con ocasión de la pérdida de oportunidad que se le restó posibilidades de conservar su extremidad inferior derecha; se condenó a pagar perjuicios morales por el sufrimiento que desencadenó la pérdida de la oportunidad de recuperar el miembro inferior derecho; perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante consolidado y por consolidar y por daño a la salud y se negó indemnización por perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente por falta de prueba.

Análisis de la referida jurisprudencia

Podemos inferir que la primera postura que comparte la Subsección A y B de la Sección Tercera, es que, la pérdida de oportunidad es un daño en sí mismo o un supuesto de daño diferente del perjuicio final que se reclama en el sistema de salud, pero, ¿cuál es el perjuicio final?, es el que se deriva de la vulneración a la vida, que se representa en la muerte, por ejemplo. Por lo tanto, al aumentar este espectro quiere decir que, no solo se proyecta sobre el derecho como tal sino sobre otro tipo de fundamentos de daño, entre ellos, se encuentra la expectativa legítima que se traduce en la pérdida de oportunidad.

Si bien es cierto, que es considerado como un supuesto de daño distinto del final, ¿cómo se debe indemnizar?, para responder este interrogante es importante recordar que actualmente la indemnización del perjuicio está dividido en dos, materiales e inmateriales, dentro

de los materiales, encontramos el daño emergente y lucro cesante y dentro de los inmateriales, los daños morales y los daños a bienes constitucionales y convencionales.

En la medida que haya prueba, valga decir, por la probabilidad, sería, cierta y razonable de que esa persona fue despojada de mejorar o de no empeorar sus condiciones de salud, para la Subsección sobre todo B si no hay prueba como tal, no es posible bajo ninguna medida indemnizar o reparar la pérdida de oportunidad.

Obsérvese que en la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado se indemniza de manera distinta a como se indemniza con los rubros tradicionales (Daño emergente, lucro cesante, perjuicios morales y daños a bienes constitucionales y convencionales), pues lo hace con base en la denominada indemnización por pérdida de oportunidad y en muy pocas ocasiones por daños morales.

Ahora bien, la Subsección B hace una modulación, si bien es cierto que comparte los criterios de la Subsección A, en decir, la pérdida de oportunidad es un supuesto diferente del final, no acepta que se cree pretoriana y arbitrariamente otro supuesto de indemnización, sino que encausa la indemnización en cualquiera de los rubros ya mencionados, tales como el daño emergente, lucro cesante, perjuicios morales o daños a bienes constitucionales convencionales.

Ahora bien, frente a la segunda gran versión, que es la adoptada por la Subsección C de la Sección Tercera, es claro que no comparten con la Subsección A y B la afirmación de que la pérdida de oportunidad sea un supuesto de daño distinto del final, pues consideran que esta figura permite flexibilizar el rigor de la causalidad, significa que la relación entre la causa, una omisión, una conducta y el daño final, que la pérdida de oportunidad aparece más bien como un medio probatorio que permite identificar que un determinado hospital al no atender a un

paciente, contribuyó porcentualmente en el daño. Ahora la pregunta es ¿cómo indemnizan?, Si bien es cierto que indemnizan con las causas tradicionales arriba reseñadas, lo hacen con un porcentaje del resultado final.

En síntesis, lo que se indemniza en la Subsección C de la Sección Tercera es el porcentaje del resultado final y en la Subsección A y B es el porcentaje de la probabilidad de la pérdida de oportunidad.

Es decir, que la Subsección C estaría más bien incurriendo en una presunción de responsabilidad, ya que presume que quien produjo la muerte es quien incurrió en omisión, en tal situación, no se puede decir que por no haber atendido a un paciente se le causó la muerte.

De lo expuesto hasta aquí, se observa dificultad en relación con el monto de la indemnización, que se traduce en lo siguiente, ¿por qué una víctima con unos supuestos de hechos similares, frente a la primera postura es indemnizada de manera diferente frente a la otra, ¿acaso no se vulnera el principio de igualdad que es vinculante para todos los jueces frente a los administrados?

8. Sentencias de unificación

La Ley 1437 de 2011 teniendo presente estas posibles interpretaciones de los jueces, estableció el mecanismo de la unificación de jurisprudencia para fijar criterios que irradian y orienten las decisiones que en adelante profieran.

Sea lo primero indicar que el inciso 2 del artículo 230 de la Constitución Política de 1991 consagró “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios

auxiliares de la actividad judicial”.

En desarrollo de la citada norma constitucional, la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), en su artículo 270, preceptuó “las sentencias de unificación jurisprudencial. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009”.

De la normatividad mencionada se extraen los requisitos que deben reunirse para la expedición de una sentencia de unificación:

Causales por las cuales se estudia la posibilidad de proferir una sentencia de unificación

1. Importancia jurídica
2. Trascendencia económica o social
3. Necesidad de sentar jurisprudencia

Competencia

La Sala Plena del Consejo de Estado es el cuerpo colegiado que puede asumir “el conocimiento de un asunto que esté pendiente de fallo proveniente de una de sus secciones. Asimismo, las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado también dictarán sentencias de unificación en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación o de los tribunales” (LEY 1437 DE 2011).

Legitimación para solicitar la solicitud de una sentencia de unificación.

1. De oficio
2. A solicitud de parte
3. A petición del Ministerio Público
4. Por remisión de las secciones o subsecciones del Consejo de Estado
5. Por remisión de los Tribunales

“Para asumir el trámite a solicitud de parte, la petición deberá formularse mediante una exposición sobre las circunstancias que imponen el conocimiento del proceso y las razones que determinan la importancia jurídica o trascendencia económica o social o a necesidad de unificar o sentar jurisprudencia. Los procesos susceptibles de este mecanismo que se tramiten ante los tribunales administrativos deben ser de única o de segunda instancia. En este caso, la solicitud que eleve una de las partes o el Ministerio Público para que el Consejo de Estado asuma el conocimiento del proceso no suspenderá su trámite, salvo que el Consejo de Estado adopte dicha decisión” (LEY 1437 DE 2011, 2011).

“La instancia competente decidirá si avoca o no el conocimiento del asunto, mediante auto no susceptible de recursos” (LEY 1437 DE 2011, 2011).

Consideramos que la finalidad de este mecanismo es devolver la confianza de los ciudadanos en la justicia, que se ha ido desvaneciendo, por el cambiante mundo jurídico al que hemos sido sometidos, por la multiplicidad de conceptos jurídicos, que no solamente afecta a la sociedad Colombiana internamente sino que también a nivel internacional, nuestro país es marginado como consecuencia de dicha inseguridad.

Conclusiones

La Subsección A y B de la Sección Tercera del Consejo de Estado comparten la tesis de que la pérdida de oportunidad es un daño en sí mismo y por lo tanto debe ser indemnizado, sin embargo no comparten la forma en que deben ser reparados, ya que, por un lado, la Subsección A lo indemniza como rubro autónomo o suma genérica, la B, la encausa en los rubros que conocemos tradicionalmente.

En la Subsección C de la Sección Tercera se indemniza es el porcentaje del resultado final y en la Subsección A y B es el porcentaje de la probabilidad de la pérdida de oportunidad.

Consideramos que la finalidad de este mecanismo es devolver la confianza de los ciudadanos en la justicia, que se ha ido desvaneciendo, por el cambiante mundo jurídico al que hemos sido sometidos, por la multiplicidad de conceptos jurídicos, que no solamente afecta a la sociedad Colombiana internamente sino que también a nivel internacional, nuestro país es marginado como consecuencia de dicha inseguridad.

Bibliografía

LEY 1437 DE 2011 (12 de JULIO de 2011).

MARTINEZ RAVE, G. (1996). *LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN COLOMBIA*. MEDELLIN: BIBLIOTECA JURIDICA DIKE.

MARTINEZ RAVE, G., & MARTINEZ TAMAYO, C. (2003). *RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL*. BOGOTA: TEMIS.

MEDINA ALCOZ, L. (2007). *TEORIA DE LA PERDIDA DE UNA OPORTUNIDAD*. NAVARRA: THOMSON Y CIVITAS.

PAILLET, M. (2001). *LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA*. BOGOTA: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA.

RODRIGUEZ RODRIGUEZ, L. (2007). *DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL Y COLOMBIANO*. BOGOTA: TEMIS.

SENTENCIA, 18714 (CONSEJO DE ESTADO - SECCION TERCERA 27 de ABRIL de 2011).

SENTENCIA, 68001231500019951119501 (CONSEJO DE ESTADO, SECCION TERCERA, SUBSECCION C 24 de OCTUBRE de 2013).

SENTENCIA, 32297 (CONSEJO DE ESTADO - SECCION TERCERA - SUBSECCION A 12 de MARZO de 2015).

SENTENCIA, 34921 (CONSEJO DE ESTADO - SECCION TERCERA - SUBSECCION B 05 de MARZO de 2015).

TAMAYO JARAMILLO, J. (2012). *LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO*. BOGOTA: BIBLIOTECA JURIDICA DIKE.

ZANNONI, E. (2005). *EL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL*. BUENOS AIRES: ASTREA DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA.