

# RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR DAÑOS CAUSADOS A LAS MATERNAS EN DESARROLLO DE LA ACTIVIDAD MÉDICA

Nubia Lorena Daza López\*

## RESUMEN\*\*:

La responsabilidad medica en la especialidad gineco-obstetricia, es la obligación de reparar o indemnizar como consecuencia de una conducta impropia a manos del personal médico de una Empresa Social del Estado, que causó un detrimento patrimonial o moral, a la materna o al nasciturus durante el acto médico del parto.

La responsabilidad que se genera en la mayoría de los casos, por una mala praxis, ha tenido como consecuencia el estudio de la aplicación de la teoría de la perdida de la oportunidad en el referido campo.

El estudio de la responsabilidad Gineco-obstétrica, ha demostrado una posible aplicación de la teoría de la perdida de la oportunidad, lo cual dará lugar a hacer un análisis detallado de la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano y de la doctrina nacional para determinar si es propia o no la aplicación de esta teoría en la especialidad Gineco-obstétrica.

**Palabras Clave:** Oportunidad perdida, Responsabilidad Gineco-obstetra, Daño pasivo, Obligaciones.

## ABSTRACT:

Medical responsibility on the obstetrics specialty, is the obligation of repair or in-

\* *Estudiante de Derecho. VI semestre. Investigador auxiliar. Universidad Santo Tomás seccional Tunja. Proyecto de investigación: Responsabilidad Médica. Semillero en Estudios sobre Derecho Administrativo y responsabilidad del Estado. Grupo de Investigaciones Socio – Jurídicas. lorena.dl@hotmail.com*

\*\* *Proyecto de investigación: responsabilidad Médica. Semillero en Estudios sobre Derecho Administrativo y responsabilidad del Estado. Tipo de investigación jurídica. Línea: Derecho Administrativo y responsabilidad del Estado.*

demnify as a consequence of an Improper behavior of the medical stand of a state hospital, that caused a patrimonial or moral lost, to the mother or to the unborn child during the birth of the baby.

Responsibility that makes in the most of the cases, to a bad practice, has had as consequence the study of the application of the theory of the “opportunity lost” on the referred field.

## INTRODUCCIÓN

La Gineco-obstetricia como rama de la medicina, tiene como objeto apoyar a la mujer en el momento de dar a luz; año tras año ha venido dejando interrogantes y vacíos jurisprudenciales por parte del Consejo de Estado Colombiano, teniendo en cuenta la incongruencia en las decisiones de esta alta corporación en materia de responsabilidad médica.

En materia de responsabilidad Gineco-obstétrica, los índices de mortalidad son muy altos a nivel Colombiano de acuerdo con el estudio realizado por la OMS, estudios que han demostrado que esos índices tienen su base en una falta de atención de los especialistas, el incumplimiento de las obligaciones, lo cual ha generado una mala praxis, y una responsabilidad por parte del Estado.

En concreto, la responsabilidad médica en la especialidad que nos ocupa ha sido materia de estudio por las conductas impropiedades por parte del personal médico de las Empresas Sociales del Estado, hecho que ha generado diferentes posiciones dentro del Consejo de Estado Colombiano, y se ha dejado de lado, el concepto de indemnizar de acuerdo al daño causado, lo cual ha producido fallos vacilantes pues-

The study of the obstetrics responsibility, has shown a possible application of the theory of “opportunity lost”, which it will give a place to make a detail analysis of the Colombian State council jurisprudence and the national doctrine to determine if it is adapted or not the application of this theory on the O. b Specialty.

KEY WORDS: lost opportunity, Gineco obstetrics -O.B- responsibility, passive damage, obligations.

to que se reconocen indemnizaciones con aplicación discontinua de criterios.

La jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano, ha querido estar a la vanguardia en temas que han tenido gran acogida en el sistema contencioso francés, es por ello que el Consejo de Estado, ha adoptado recientemente la Institución de la Teoría de la pérdida de la oportunidad y le ha dado aplicación en materia de responsabilidad médica.

En cuanto a la responsabilidad gineco-obstétrica, la materna estaría sufriendo un daño pasivo de acuerdo a la teoría de la perdida de la oportunidad o chance, porque este sería causado por error u omisión en tratamiento, mas no estaría frente a un daño activo, que es aquel daño que se presenta por la acción directa del galeno. Sin embargo, cualquiera de los daños causados a la materna o al nasciturus son antijurídicos, que de acuerdo al artículo 90 de la Constitución política, el Estado debe reparar. Cuando se ha causado un daño pasivo, se le ha restado oportunidades de beneficio, de vida o de curación, a quien está soportando dicho daño, pero es allí donde surge el problema, de demostrarle al juez, los beneficios obtenidos, si no se hubiese causado el daño pasivo y la dificultad por reclamar indemnización al Es-

tado por los daños causados.

Si el Consejo de Estado Colombiano continúa con una jurisprudencia vacilante en materia de responsabilidad médica, se seguirán creando vacíos jurisprudenciales, por no aplicarse en debida forma la teoría de la pérdida de la oportunidad, es decir que se indemnice por el número de probabilidades que se tenían de obtener un beneficio.

La jurisprudencia vacilante en el Consejo de Estado Colombiano, se ha visto reflejado en los fallos proferidos en materia de la aplicación de la teoría de la oportunidad perdida en la responsabilidad médica ya que los criterios que han sido adoptados por esta corporación, se ven en una aplicación discontinua.

Con base en lo anterior surge entonces el interrogante: ¿En qué casos debe el Estado considerarse, patrimonialmente y extracontractualmente responsable por daños causados a las madres gestantes o maternas post parto, en desarrollo de la actividad médica realizada por personal médico de las Empresas Sociales Del Estado (E.S.E.)?

La necesidad de estudiar la responsabilidad gineco-obstétrica, hoy en día tiene gran relevancia teniendo en cuenta que los hospitales reciben maternas, que requieren un sin número de cuidados, lo cual genera obligaciones de cuidado o de garantía por parte del médico para con la materna y sus familiares.

## **OBJETIVOS**

### **a). General**

Determinar los casos en los que el Estado debe considerarse, civil y extracontractualmente responsable por daños causa-

dos a las maternas, en desarrollo de la actividad médica realizada por personal médico de las Empresas Sociales Del Estado (E.S.E.), para identificar los eventos de aplicación de la teoría de la pérdida de la oportunidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano en materia Gineco-Obstétrica.

### **b). Específicos**

- Identificar la posición jurisprudencial del Consejo de Estado Colombiano, en cuanto a la aplicación de la Teoría de la pérdida de oportunidad.
- Identificar los beneficios de la aplicación de la teoría de la pérdida de la oportunidad en la responsabilidad Gineco- obstétrica.

## **JUSTIFICACIÓN:**

La aplicación de la teoría de la pérdida de la oportunidad en el campo Gineco-obstétrico, es una teoría que facilita la tarea de los demandantes, para probar el nexo de causalidad entre la culpa y el hecho, planteándose el tema de esta manera, se puede inferir que se facilitaría la tarea de los demandantes pero que el juez solo estaría en la capacidad de reconocer una indemnización de acuerdo al número de probabilidades que tenía la madre o el bebe de obtener un beneficio. Para que el juez pueda conceder esa indemnización, debe hacer un estudio acucioso de la historia clínica, porque en la aplicación de esta teoría, la salud del paciente es determinante.

El Estado, está en la obligación de responder cuando se causo un daño antijurídico que el ciudadano o administrado no está en la obligación de soportar, es en estos momentos es cuando el Estado debe indemnizar. Es bajo la premisa de la indemnización que el Estado debe dar aplicación de la Teoría de la oportunidad perdida, hecho por el cual se conseguirá un equilibrio

entre las cargas entre demandante y demandado, puesto que solo se indemnizara por el número de probabilidades que se tenían de obtener un beneficios, como mejorar la salud de la paciente, o mantener su calidad de vida.

## **METODOLOGÍA**

El estudio de esta investigación es de tipo Analítico – descriptivo. Descriptiva por cuanto busca recoger la posición jurisprudencial asumida por el Consejo de Estado a través de sus fallos en materia de Responsabilidad medica en la especialidad Gineco-obstétrica. Analítica: Se recolectaron las sentencias proferidas por el Consejo de Estado, en materia de responsabilidad médica, en cuanto a la obstetricia y se realizo una lectura de cada una de las sentencias.

El universo de estudio son los fallos del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección Tercera. De esta categoría hemos seleccionado para empezar, dieciocho sentencias que ponen fin a procesos por demandas de reparación directa, proferidas durante los años de 1991 a 2009.

### **A. Técnicas de recolección y análisis de la información**

Para cumplir nuestros objetivos específicos fue necesario hacer una recolección de sentencias en materia de la Teoría de la pérdida de la oportunidad desde el punto vista médico y analizar cada uno de las ratio decidendi, para determinar la posición jurisprudencial del Consejo de Estado Colombiano. De igual manera esto nos llevo a hacer una investigación bibliográfica de doctrinantes nacionales e internacionales que manejaran el tema de la teoría de oportunidad perdida en la responsabilidad medico- sanitaria.

Para el cumplimiento del segundo objeti-

vo específico, nuevamente la labor de documentación fue de valiosa ayuda, especialmente el estudio de cada una de las sentencias que fueron proferidas por el Consejo de Estado Colombiano en materia de Responsabilidad medica gineco-obstétrica, para determinar si es aplicable o no dicha teoría, teniendo en cuenta que los errores cometidos en esta materia.

## **AVANCE O RESULTADO DE INVESTIGACIÓN.**

En materia de Responsabilidad medica, la doctrina y la jurisprudencia se han basado en nuestra Carta Magna en su artículo 90, el cual establece que:

“el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la accion o la omisión de las autoridades públicas”.

En el caso de la responsabilidad medica, el Consejo de Estado Colombiano, siempre ha mantenido su posición jurídica en cuanto a la responsabilidad extracontractual, esta posición jurídica se ve claramente en la sentencia del 11 de abril de 2002 en el expediente 13.227 en la cual se argumenta:

“Es indispensable aclarar el tipo de responsabilidad que se configura cuando una persona es atendida en una entidad pública de salud y esta funciona de manera deficiente. Si bien en derecho comparado se debate sobre la naturaleza de la responsabilidad civil de los médicos y de los establecimientos del Estado que prestan servicios de salud, la jurisprudencia de la Corporación tradicionalmente la ha manejado en el campo de la responsabilidad extracontractual. El artículo 49 de la Constitución Política prescribe que la atención

de la salud es un servicio público a cargo del Estado. Con base en la anterior norma, la Corte Constitucional, en sentencia de 20 de octubre de 1992, señaló lo siguiente: “Estableció el Constituyente a través de la norma citada, que el Servicio de Salud tiene el carácter de servicio público, cuya obligación le corresponde prestarla al Estado. Y está garantizada la prestación de este servicio a todas las personas residentes en Colombia (...); “Prevé la norma, una relación de colaboración entre las entidades territoriales, la Nación y los particulares en donde cada quien, aporta para la prestación del servicio de salud y también en idéntica forma se determina la competencia para hacerlo realidad, competencia que dará la oportunidad para establecer la responsabilidad por las fallas del servicio en que puedan incurrir las entidades y personas encargadas de su ejercicio”. De acuerdo con el mandato constitucional la atención en salud es un servicio público a cargo del Estado. Dicho mandato implica que el Estado organiza, dirige y reglamenta dicho servicio, el cual puede ser prestado por entidades particulares, respecto de las cuales debe establecer mecanismos de vigilancia y control, o puede ser atendido de manera directa a través de las empresas sociales del Estado, entidades públicas descentralizadas, con un régimen especial, conforme a la función que cumplen. Sin duda, en este caso, el anormal funcionamiento de la atención

hospitalaria genera responsabilidad de carácter extracontractual, pues surge, de manera exclusiva”.

La jurisprudencia ha desarrollado variedad de teorías, y han manejado el péndulo del régimen de responsabilidad, puesto que en un principio se manejaba como una responsabilidad objetiva, posteriormente la jurisprudencia gradualmente estableció que debía ser una responsabilidad subjetiva, la cual a su vez a traído tres títulos de imputación, como son la falla en el servicio, la falla presunta y la carga dinámica.

En cuanto a la falla en el servicio, esta hace referencia al incumplimiento en el funcionamiento normal del servicio, que incumbe a uno o varios agentes de la administración. Ese incumplimiento debe examinarse a luz del nivel medio que se espera del servicio, y se presentara la falla en el servicio cuando este se presta por debajo del nivel. (GUZMÁN MORA, 1196; p 158).

La falla presunta, hace referencia a que al demandado le corresponde desvirtuar la presunción, y demostrar que actuó dentro de los cánones de la mayor eficiencia y cuidado en su actuación, es decir que no actuó con culpa, en términos más técnicos cuando se habla de falla presunta se entiende que la responsabilidad sigue organizada sobre la noción de falla o falta en el servicio, como en el evento de la falla en el servicio ordinaria, con la única diferencia de que el actor no tendrá que demostrar la conducta omisiva o irregular de la administración por que esta se presume.<sup>1</sup>

En cuanto a la carga dinámica de la prueba, que en palabras del Consejo de Estado

---

1 COLOMBIA, Consejo de Estado, agosto 24 número de expediente 6754 de 1992 con MP Carlos Betancur Jaramillo.

Colombiano, es aquella donde no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas o científicas. Habrá que valorar, en cada caso, si éstas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que sin duda, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio.

“Así las cosas, la tarea del juzgador resulta más ardua y exigente, pues es él quien debe establecer, en cada caso, cuál de las partes se encuentra en condiciones más favorables para demostrar cada uno de los hechos”(Consejo de Estado, febrero 10 de 2000, Exp. 11878, Mp: Hernández Enriquez). Teniendo en cuenta el anterior breve resumen de las teorías que han sido aplicadas por el Consejo de Estado Colombiano, en materia de responsabilidad médica, entramos en materia en la especialidad que nos interesa, es decir en la Gineco-Obstetricia.

Es importante antes de continuar conceptualizar sobre la especialidad médica de la Gineco-obstetricia, en palabras de PRITCHARD, “la rama de la medicina que trata del parto, sus antecedentes y sus secuelas. Por tanto, le conciernen sobre todo los fenómenos y el tratamiento del embarazo, el parto y el puerperio<sup>3</sup> en circunstancias normales como anormales.”

También se le ha conocido como la rama de la medicina que se ocupa principalmente de la gestación, parto y los fenómenos posteriores al alumbramiento, hasta la involución completa del útero.

En cuanto a la responsabilidad Gineco-Obstétrica, el Consejo de Estado la ha manejado como una responsabilidad extracontractual, al igual que la responsabilidad médica, el título de imputación que actualmente se le está dando a esta responsabilidad en materia Gineco-Obstétrica es el de falla en el servicio médico, de acuerdo con la reciente sentencia en referencia a esta rama de la medicina.(sentencia de 19 de agosto de 2009, Exp. 18364 MP. GIL BOTERO E.)

De igual manera en sentencia del 26 de marzo de de 2008, expediente 16085 con MP. CORREA PALACIO R., se determino que en materia gineco-obstetrica el demandante deberá probar todos los elementos de la responsabilidad, para lo cual cuenta con la prueba indiciaria que permitirá acreditar especialmente la falla en el servicio y a la entidad le corresponderá contraprobar en contra de lo demostrado por el actor a través de la prueba indiciaria.

Dicha especialidad en materia legal, ha tomado gran importancia teniendo en cuenta, que es una especialidad concurrída en los Hospitales, los cuales deben tener especiales cuidados tanto con la materna como con el nasciturus.

De acuerdo con las estadísticas de la Organización Mundial de la Salud-OMS-las

---

2 COLOMBIA, Consejo de Estado, febrero 10 número de expediente 11878 de 2000 con MP HERNANDEZ ENRÍQUEZ A.E. Bogotá D.C.

3 Según el diccionario esencial de la lengua española, “período que transcurre desde el parto hasta que la mujer vuelve al estado ordinario anterior a la gestación.”

principales causas de mortalidad materna se presentan así: cada minuto, a nivel mundial 100 mujeres sufren complicaciones relacionadas con el embarazo, y pueden morir por las siguientes causas:

1. Hemorragias graves. Una hemorragia puerperal no atendida en una mujer sana puede matarla en dos horas.
2. Infecciones.
3. Abortos en malas condiciones o centros no autorizados, sin condiciones idóneas de salubridad e higiene.
4. Trastornos hipertensión de la gestación (preeclampsia y eclampsia).
5. Parto obstruido.

En el caso Colombiano<sup>4</sup> las cifras han demostrado que la mortalidad materna se ha producido por:

1. Hemorragia: 25,00%
2. Eclampsia: 32,14%
3. Shock séptico: 10,71%
4. Convulsiones: 3,57%
5. Cáncer de ovario: 0,05%

Con base en las anteriores cifras el Dr. Gil Botero en su artículo La Responsabilidad del Estado por la muerte en el Parto, presentada en Septiembre de 2008, en el Encuentro Nacional de Altas Corporaciones de Justicia en la Ciudad de San Andrés, manifestó que los altos índices de la mortalidad materna se presentaban en la mayoría de los casos por carencia de atención en especialidad médica y por falta de atención obstétrica.

A nivel Suramericano, Colombia es el cuarto país con los índices más altos de mortalidad materna, después de Bolivia, Perú y Uruguay. Con los anteriores datos, es importante resaltar dos puntos de vis-

ta importantes, el primero de ellos, tiene que ver con los sujetos de la especialidad Gineco-Obstétrica, como lo son las mujeres quien han adquirido una especial protección por parte de los Estados, para disminuir el número de morbi- mortalidades, estas especiales protecciones lo vemos con el desarrollo del objetivo número quinto, de los objetivos de desarrollo del milenio, y en los cuales Colombia está en la obligación mejorar la salud de las maternas, implementando diferentes políticas públicas que apoyen en la disminución de los altos índices de mortalidad y morbilidad materna. De igual manera el feto toma importancia, teniendo en cuenta que después de haber sido retirado de la madre y sobrevivido por lo menos un instante, deberá tener iguales cuidado que la madre, teniendo en cuenta que los primeros instantes de su vida son esenciales en su bienestar, salud y calidad de vida.

El segundo de los puntos de vista a resaltar, han sido los altos índices en los que se ha mantenido Colombia, y que han generado Responsabilidad por parte del Estado, teniendo en cuenta que las mayores complicaciones se presentan en los hospitales públicos. En conclusión de estos dos factores se diría que El embarazo y el parto no son enfermedades, pero tienen riesgo de complicación, especialmente durante el proceso de parto. Las urgencias maternas son sumamente difíciles de predecir, por lo cual todas las mujeres necesitan acceso a los cuidados obstétricos esenciales. La adopción de las medidas necesarias para lograr un nacimiento seguro pueden disminuir significativamente el riesgo de complicación y muerte de la madre y el re-

---

4 [www.cundinamarca.gov.co/Cundinamarca/Archivos/fileo\\_otrssecciones/fileo\\_otrssecciones/fileo3129209.ppt](http://www.cundinamarca.gov.co/Cundinamarca/Archivos/fileo_otrssecciones/fileo_otrssecciones/fileo3129209.ppt). De otra parte, es relevante señalar que Colombia tiene una razón de mortalidad materna, aproximada de 99 casos por cada 100.000 niñas vivas que nacen. El compromiso que se tiene, de conformidad con los estándares fijados por la OMS, es llegar al año 2015 con un porcentaje de 45 por cada 100.000 niñas vivas.

cién nacido. A su vez, el período neonatal (especialmente inmediatamente después del nacimiento) representa el momento más vulnerable y crítico del primer año de vida.<sup>5</sup>

El hecho de generar una responsabilidad por parte del Estado, hacia un ciudadano, ya genera un desequilibrio entre las partes, teniendo en cuenta que el Estado siempre ha contado con unas prerrogativas.

Desde hace unos años atrás en materia jurisprudencial, se ha dado aplicación a la teoría de la pérdida de la oportunidad, en diferentes campos del derecho; pero antes de continuar se debe conceptualizar, por ello diremos que es una teoría jurídica que permite indemnizar al paciente que se ha visto privado de la posibilidad de curación a manos del médico. La peculiaridad de dicha doctrina es la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los acontecimientos, de haberse seguido unas pautas de actuación distintas a las que se siguieron.

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

Es a partir de allí y con la existencia de la Teoría de la pérdida de la oportunidad que se comienza a desarrollar nuestros objetivos.

El Consejo de Estado ha hecho referencia a la teoría de la pérdida de la oportunidad determinando "...que para que haya lugar a la reparación no es necesario acreditar

que una adecuada prestación del servicio médico asistencial hubiera impedido el daño, porque bastaría con establecer que la falla del servicio le restó al paciente oportunidades de sobrevivir o de curarse. Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado como la "pérdida de una oportunidad", cuya aplicación, a pesar de la simplicidad en su formulación ofrece grandes dificultades, pues el daño en tales eventos estaría en los límites entre el daño cierto y el eventual, dado que la oportunidad que puede tener un enfermo de recuperar su salud es aleatoria, regularmente difícil de establecer en términos porcentuales. Se destaca que la determinación de la pérdida de la oportunidad no puede ser una mera especulación, es necesario que de manera científica quede establecido cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar su vida, y que esa expectativa real haya sido frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica. En este aspecto hay que prestar la máxima atención y no resolver como pérdida de oportunidad eventos en los cuales lo que se presentan son dificultades al establecer el nexo causal."<sup>6</sup> (Negrilla fuera del texto)

En concepto del Dr. GIL BOTERO, en el salvamento de voto, (Sentencia, 01 de Octubre de 2008 MP. GUERRERO DE ESCOBAR M. ) "la pérdida de la oportunidad es un concepto jurídico que permite definir problemas de imputación, en aquellos eventos en que no existe prueba suficiente del nexo causal que define una determinada relación causa - efecto. En consecuencia, el análisis de esta figura debe realizarse en sede de la imputación fáctica. La figura sólo tiene aplicación en aquellas situaciones en que existe duda o incertidumbre en el nexo causal, de tal forma

<sup>5</sup> Revisado el 23 de abril de 2010.

<sup>6</sup> Tomado de la Página web: [www.who.int/entity/pmnch/activities/mortalidad\\_materna.pdf](http://www.who.int/entity/pmnch/activities/mortalidad_materna.pdf) . revisado el día 21 de abril de 2010.



que el grado de probabilidad oscile en un margen entre el 1% y el 99% de que un daño sea el producto de una causa específica (v.gr. la falta de existencia de bolsas de sangre que permitieran realizar una transfusión de emergencia).”, el concepto anterior basado desde el punto de vista del error en el diagnóstico u la omisión en el diagnóstico.

Para el DR. FRANQUET,(2010). “La pérdida de oportunidad es una teoría jurídica que permite indemnizar al paciente que se ha visto privado de la posibilidad de curación a manos del médico. A diferencia de los casos de responsabilidad en los que se imputa al médico la causa de un fallecimiento o de una lesión, en este tipo de casos el paciente ingresa en el hospital con un daño preexistente y lo que se atribuye al facultativo es la frustración de las expectativas de sanación. El ejemplo más frecuente es el retraso en el diagnóstico de una enfermedad que, de haber sido detectada a tiempo, el paciente hubiera tenido mayores probabilidades de recuperarse.”

“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. 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. (Consejo de Estado, Agosto 31, expediente: 15772, Mp: CORREA PALACIOS R.).

El anterior es el concepto de ÁLVARO LUNA YERGA, doctrinante que ha sido estudiado y citado por el Consejo de Estado Colombiano.

La doctrina ha definido la pérdida de oportunidad como:

“La desaparición de la probabilidad de un evento favorable, siempre y cuando esta oportunidad aparezca suficientemente seria. Cuando la pérdida de una oportunidad es establecida, constituye un perjuicio indemnizable. Pero este se limita a dicha pérdida; sólo la pérdida de la oportunidad será compensada, y no la totalidad del beneficio que la víctima habría obtenido en caso de que hubiese ocurrido el evento cuya realización ha sido impedida por culpa del deudor” (LUNA YERGA, Alvaro; 2005).

El Dr. GIL BOTERO en el salvamento de voto que realiza en el año 2008<sup>7</sup>, lo cierto es que en los sistemas de responsabilidad modernos, el juez no debe tolerar que la falta de delimitación precisa del nexo causal impida la atribución de resultados<sup>8</sup>, como quiera que, para endilgar un resultado desde el plano de las ciencias sociales

7 LE TORNEAU, Philippe. *La responsabilidad Civil Profesional*. Editorial Legis. Bogotá. 2006. Pág. 85. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 15 de octubre de 2008. Expediente No. 17001. Consejero Ponente: Myriam Guerrero de Escobar. Actor: JOSE CLEMENTE LAFAUX OROZCO Y OTROS.

8 “No obstante, la doctrina predominante, que nosotros compartimos, afirma que, mientras no aparezca la prueba de la imposibilidad de ese nexo causal, es indudable que el demandante tenía alguna probabilidad, así sea imposible de establecer, de no sufrir el daño o de obtener el beneficio. En tales condiciones, no parece equitativo liberar de toda responsabilidad al demandado, pero tampoco otorgarle la totalidad de la prestación al demandante, razón por la cual se acude a la solución práctica de conceder una indemnización proporcional a las probabilidades perdidas.

el elemento causal puede ser insuficiente, motivo por el cual se debe recurrir al concepto de imputación, que bien puede apoyarse en lo que se ha denominado desde la perspectiva naturalística: causalidad preponderante.

El Dr. TAMAYO JARAMILLO, cuando hace referencia a la teoría de de la pérdida de la oportunidad, establece que surge esta teoría en el momento que no se puede allegar prueba del nexo causal entre la omisión y el perjuicio. Igualmente afirma que cuando se da la aplicación de esta teoría, la indemnización se determina con base en el número de probabilidades que tenía la víctima de obtener el beneficio o evitar el perjuicio si el demandado no lo hubiese privado de esa oportunidad.

Se plantea el sofisma, de si el médico no hubiese actuado culposamente, el paciente habría tenido más posibilidades de recuperarse, pero se debe tener en cuenta que esta teoría para su aplicación debe cumplir uno de los principios, como es el todo o nada, o el médico de acuerdo con la teoría es culpable o no lo es y por ello debe ser absuelto.

Por último concluye que “en materia médica no se tiene la pérdida de la oportunidad sino un problema de imposibilidad probatoria en materia de causalidad” (TAMAYO JARAMILLO, Javier; p. 335).

## **DISCUSIÓN O CONCLUSIONES.**

El Consejo de estado Colombiano en la jurisprudencia que ha proferido en materia de la teoría de la pérdida de la oportunidad, ha manifestado su aplicación en la

responsabilidad médica, aun sin haberse pronunciado en materia Gineco-obstétrica, de acuerdo a la muestra de sentencias que han sido analizadas. Los pronunciamientos que ha realizado han demostrado que la jurisprudencia por parte del Consejo de Estado ha sido vacilante. En materia de la responsabilidad gineco-obstétrica son relevantes los beneficios que pueden traer la aplicación de esta teoría en esta especialidad, teniendo en cuenta que las sentencias que fueron estudiadas, presentaban la posible aplicación de la teoría, bien sea porque existía un error en el diagnóstico o bien sea porque que las autoridades administrativas, omitían cumplir con las obligaciones que la *lex artis* les exigía.

El caso en el cual podemos ver reflejado su aplicación es el siguiente la señora ANATILDE CUERVO DE LAFAUX se encontraba en estado de embarazo, razón por la cual fue llevada el día 18 de diciembre de 1993 a las 8:30 de la mañana, al Hospital Regional de Buenaventura para que fuera atendido el parto. Una vez en el Hospital, fue internada en la sala de maternidad donde a las 3:30 de la tarde del mismo 18 de diciembre de 1993, se produjo el nacimiento del hijo que esperaba. Dos horas después fue trasladada de la sala de maternidad a la habitación asignada en el pabellón de pensionados donde estuvo sólo unos minutos debido a que presentó dificultad en la respiración, baja tensión y fuerte hemorragia, por lo cual, de inmediato, fue llevada a la sala de cirugía donde falleció por paro cardiorespiratorio ocasionado por anemia aguda.

La señora ANATILDE CUERVO DE LA-

---

*“Es indiscutible, pues, que en el caso que nos ocupa, la jurisprudencia y la doctrina rompen el principio general que le exige al demandante la prueba y la certeza del nexo causal, solución que, dadas las complejas circunstancias, nosotros aprobamos.” TAMAYO Jaramillo, Javier “Tratado de Responsabilidad Civil”, Ed. Legis, Tomo I, Bogotá D.C., Pág. 287.*

FAUX, sufrió después del parto una fuerte hemorragia que no fue detectada por el médico tratante ni por el personal paramédico, pues cuando fue trasladada a su habitación era evidente la existencia de un “charco de sangre” y aun así fue despa- chada a su habitación.

La falla en el servicio, por la cual se demanda la responsabilidad de la entidad demandada, se presenta por impericia y negligencia del personal médico que no permitió detectar a tiempo la hemorragia presentada bien a través de los instrumentos disponibles o de observación a la paciente.<sup>9</sup>

En el caso en cuestión es evidente una omisión por parte del personal medio que les resto oportunidades de vida a la materna, y beneficios a sus hijos, posiblemente la materna se hubiese salvado si le hubiese prestado los debidos cuidados como son el cuidado y atención medica después del parto.

Teniendo en cuenta lo afirmado por los doctrinantes estudiados, para darse la aplicación, se debe hacer un debido análisis de la historia clínica de la paciente, donde lo importante y relevante será la salud de la paciente, pues será el estado de salud el que determinara si es procedente que se le indemnice a los familiares por el numero de probabilidades que se tenían, es decir por el numero de probabilidades que tenia la materna de sobrevivir si se hubiese tenido el numero de bolsas adecuado para suministrarle una transfusión de sangre.

En el razonamiento y análisis establecido para la aplicación de la teoría de la oportunidad perdida, es la salud del paciente un factor determinante, que puede ser comprobada por medio de la historia clínica

que se lleva en la entidad hospitalaria.

## CONCLUSIONES

- El Consejo de Estado Colombiano en la jurisprudencia que ha proferido en materia de responsabilidad médica, desde el punto de vista de la teoría de la perdida de la oportunidad, ha demostrado tener una posición vacilante al momento de su aplicación; al igual que los doctrinantes estudiados se ha demostrado una polarización por parte de la doctrina nacional; la primera postura establece criterios para dar aplicación a la teoría; la segunda, por su parte, niega su aplicación argumentando que la confusión entre las instituciones de la perdida de oportunidad e imposibilidad causalística de probar estimula la inactividad del demandante en materia probatoria.
- La aplicación de la teoría de la perdida de la oportunidad como teoría de probabilidad causalística, solucionaría problemas de certeza a los cuales se enfrentaría el juez, y así mismo mejoraría las condiciones de el demandante frente a la administración, reconociéndose indemnizaciones por los daños pasivos soportados, es decir por oportunidad perdida, mas no el beneficio total en caso de la no ocurrencia de la omisión o del error.

## REFERENCIAS.

CHACÓN PINZÓN, A. (2003). Fundamentos de Responsabilidad Medica, Bogotá D.C. Editorial Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. (2003). Sentencia del 26 de marzo. Ex-

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 01 de octubre de 2008. Expediente No. 17001. Consejero Ponente: Myriam Guerrero de Ecobar. Actor: JOSE CLEMENTE LAFAUX OROZCO Y OTROS.

pediente No. 16085. Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

CONSEJO DE ESTADO Sección Tercera (2006). Sentencia del 31 de agosto. Expediente No. 15772. Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

CONSEJO DE ESTADO Sección Tercera (2007). Sentencia del 03 de mayo. Expediente No. 16098 Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO Sección Tercera (2009). Sentencia del 19 de agosto. Expediente No. 18364 Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO Sección Tercera. (1996). Sentencia del 22 de mayo. Expediente No. 11301 Consejero Ponente: JARAMILLO BALLESTEROS JESÚS MARÍA.

CONSEJO DE ESTADO Sección Tercera (2007). Sentencia del 19 de octubre. Expediente No. 30871 Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO Sección Tercera (2000). Sentencia del 17 de agosto. Expediente No. 12123 Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández E.

CONSEJO DE ESTADO Sección Tercera (1999). Sentencia del 17 de mayo. Expediente No. 11949 Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández

CONSEJO DE ESTADO Sección Tercera (2004). Sentencia del 10 de junio. Expediente No. 25416 Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque

CONSEJO DE ESTADO Sección Tercera (1992). Sentencia del 24 de agosto de

1992. Expediente No. 6754 Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo

CONSEJO DE ESTADO Sección Tercera (2000). Sentencia del 10 de febrero. Expediente No 11878 con Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández

CONSEJO DE ESTADO Sección Tercera (2008). Sentencia del 01 de octubre. Expediente No. 17001. Consejero Ponente: Myriam Guerrero de Escobar.

FRANQUET P., (2010). Pérdida De Oportunidad: La Salud Del Paciente Es Determinante, Revista JAUSAS. Recuperado el 27 de abril de 2010 de <http://www.jausaslegal.com/resources/doc/090708-perdida-de-oportunidad-se-junio09-34293.pdf>

GUZMÁN MORA, F (1996). La Practica de la medicina y la ley. (1ªEd)Medellín. Editorial Biblioteca Jurídica DIKE.

LE TORNEAU, P. (2006) La responsabilidad Civil Profesional. . Bogotá D.C. Editorial Legis.

LUNA YERGA, Á. (2005) "Oportunidades Perdidas", artículo publicado en Revista para el análisis del Derecho "INDRET", No. 288.

MOJICA CORTES, C. M. Y PUENTES O. E. (1998) Régimen Jurídico del Ejercicio Médico, (1ª Ed.).

Bogotá D.C. Editorial Legis.

TAMAYO JARAMILLO, J. (1999). Tratado de Responsabilidad Civil, Bogotá D.C. Ed. Legis, Tomo I.

TAMAYO JARAMILLO, J. (2007) "Tratado de Responsabilidad Civil", Bogotá D.C. Ed. Legis, Tomo II.