

ALCANCE NEGATIVO DE LA PERDIDA DE OPORTUNIDAD POR LA VIOLACIÓN AL DERECHO A RECIBIR UNA ATENCIÓN OPORTUNA Y EFICAZ EN EL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL ESTATAL COMO FUENTE DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Negative scope of the loss of opportunity due to the violation of the right to receive timely and effective care in the state medical care service as a source of patrimonial responsibility

Autor: Henry Alberto Dediego León
henrydediego@hotmail.com

Elizabeth Ramírez Llerena (Asesor Disciplinar)
Martha Benítez Izquierdo (Asesor Metodológico)

Universidad del Sinú
Facultad de Derecho/ Especialización en Derecho Médico
Cartagena-2025

Resumen

Paralelamente al desarrollo y evolución que la sociedad ha tenido, así mismo el derecho ha avanzado en la medida en que se hace necesario cumplir con expectativas todas las garantías que emanan del instituto de la responsabilidad patrimonial, como lo es el resarcimiento y compensación de los perjuicios ocasionados como consecuencia de un daño antijurídico, teniendo gran incidencia la convencionalización y constitucionalización del derecho, el estudio de la responsabilidad médica no es ajeno a esta evolución y actualmente se ha convertido en uno de los aspectos de suma importancia para el avance del derecho, atendiendo que en medio de esta materia se encuentran derechos fundamentales que se materializan en bienes jurídicamente tutelados y protegidos por la Constitución Política así como en distintas normas de carácter internacional.

La pérdida de oportunidad como fenómeno jurídico de evolución pretoriana se ha convertido en un medio a través del cual se ha dado nacimiento al reconocimiento de un daño autónomo dentro del instituto de la responsabilidad patrimonial con el fin de reparar integralmente a las víctimas cuando se han vulnerado sus derechos fundamentales; Pero vale la pena preguntarse, hasta donde a través de esta figura se repara en realidad a la víctima. Por lo tanto, el presente artículo tiene como objetivo explicar el tratamiento jurisprudencial del Consejo de Estado con relación a la responsabilidad médica estatal por daño a la salud, derivada de la omisión en la debida prestación del servicio médico asistencial oportuno y eficaz y sus implicaciones en la responsabilidad patrimonial del Estado desde la óptica de la pérdida de oportunidad para proponer las garantías de la reparación integral a la víctima y en los mismos términos hacer una revisión gnoseológica de esta modalidad de daño en el ámbito de la responsabilidad médica estatal colombiana, realizando un estudio desde su origen, su aplicabilidad, y sobre todo su alcance negativo en el momento de la reparación integral por la violación al derecho a recibir una atención oportuna y eficaz en el

servicio médico como fuente de responsabilidad patrimonial en virtud del daño antijurídico padecido.

Palabras clave: Responsabilidad Patrimonial, Daño Antijurídico, Responsabilidad Médica, Víctima.

Summary

Parallel to the development and evolution that society has had, the law has also advanced to the extent that it is necessary to meet expectations with all the guarantees that emanate from the institute of patrimonial responsibility, such as compensation and compensation for damages. caused because of unlawful damage, with the conventionalization and constitutionalizing of the law having a great impact, the study of medical liability is not alien to this evolution and has currently become one of the most important aspects for the advancement of the law. Considering that in the middle of this matter there are fundamental rights that have materialized in assets legally protected and protected by the Political Constitution as well as in different international norms.

The loss of opportunity as a praetorian legal phenomenon has become a means through which the recognition of autonomous damage has been given birth within the institute of patrimonial responsibility to fully compensate victims when their rights have been violated. fundamental. Therefore, the objective of this article is to make an gnoseological review of this type of damage in the field of Colombian state medical liability, carrying out a study from its origin, its applicability, and above all its negative scope due to the violation of the right. to receive timely and effective attention in the medical care service at the time of repairing the victim of the damage.

Keywords: Patrimonial Liability, Unlawful Damage, Medical Liability, Victim.

Sumario: Introducción. 1. Marco Jurídico Analítico. 1.1. Lesión al Derecho a Recibir Atención Oportuna y Eficaz en el Servicio Médico Hospitalario Estatal como Fuente Potencial de Responsabilidad Patrimonial del Estado Colombiano. 1.2. Noción de la Responsabilidad Médica Estatal en Colombia. 1.2.1. Evolución Histórica de la Responsabilidad Patrimonial del Estado en Colombia. 1.2.2. Elementos de la Responsabilidad Patrimonial del Estado. 1.2.2.1. Actuación Administrativa. 1.2.2.2. Daño. 1.2.2.3. Imputación Jurídica. 1.3. Responsabilidad Médica Estatal. 1.3.1. Estructura de la Responsabilidad Médica. 1.3.1.1. El Daño en la Estructura de la Responsabilidad Médica. 1.3.1.2. La Imputación en la Estructura de la Responsabilidad Médica. 1.4. Noción de la Responsabilidad Médica Estatal a Partir del Desarrollo Jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado. 1.5. Responsabilidad del Estado en la Prestación del Servicio de Salud. 2. Materiales y Métodos. 3. Resultados. 3.1. Obligaciones del Estado en la Regulación del Derecho Fundamental a la Salud. 3.2. Contextualización Jurisprudencial de la Lesión Al Derecho a Recibir Atención Oportuna y Eficaz en el Servicio Médico Hospitalario Estatal como Fuente Potencial de Responsabilidad Patrimonial del Estado Colombiano. 3.3.

Postura Jurisprudenciales Sobre la Estructura de la Responsabilidad Médica Estatal. 4. Discusión
5. Conclusión. Referencia.

Introducción

Con la entrada en vigor de la Constitución Política de Colombia de 1991 y con el desarrollo del artículo 90 ibidem se logró la constitucionalización y convencionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado, convirtiéndose en una garantía para la protección del patrimonio y derechos del conglomerado social.

Corolario de lo anterior se reafirma lo sustentado por (Consejo de Estado, Sección Tercera, Radicado 14399, 1999) en la que prevé:

La cláusula general de responsabilidad consagrada en el artículo 90 de la Carta Magna impone al Estado los presupuestos de la responsabilidad patrimonial y encuentra su origen en el daño antijurídico imputable a cualquier autoridad.

Por lo tanto, el artículo 90 de la Constitución Política, consagra y regula la responsabilidad patrimonial en cabeza del Estado. En tal sentido, la norma ibidem de manera imperativa señala que el Estado es responsable por el daño antijurídico que se le cause a un administrado como consecuencia de una acción u omisión de sus autoridades y que en efecto la víctima no se encuentre en la obligación de soportarla.

Bajo este entendido, al momento de probarse un daño antijurídico y su imputación al Estado, se dará lugar a la reparación y compensación de manera integral de todos los perjuicios ocasionados como consecuencia de ese daño, todo ello conforme a lo previsto en el artículo 90 de la norma superior.

Sin embargo, con el fin de salvaguardar intereses superiores de carácter constitucional y convencional ha surgido un fenómeno jurídico a través del cual se ha pretendido reconocer una reparación integral a las víctimas, materializándose esto en lo que conocemos como la pérdida de oportunidad, utilizándola cuando se viola el derecho a recibir una atención médica, oportuna y eficaz en el servicio médico asistencial.

En la doctrina y la jurisprudencia se ha concebido la pérdida de oportunidad, (Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente 34.921, 2015) 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 le imputa y solo se logre demostrar que dicha relación es probable, pero no cierta o segura. Frente a esa discusión teórica, la Sala se ha inclinado por la primera y ha adoptado un 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.

De acuerdo a esa postura asumida por el Consejo de Estado valdría la pena determinar si la estructura del modelo causal es siempre del todo acertada, tanto en sus elementos estructurales para imputar responsabilidad patrimonial así como en la reparación integral a las víctimas, y esto se da cuando nos encontramos frente a eventos en

los que se presentan daños como consecuencia de la violación a derechos como lo es recibir una atención oportuna y eficaz en los servicios médicos asistenciales y como consecuencia de esa vulneración se opta a través de la figura de la pérdida de oportunidad como mecanismo para indemnizar y compensar a las víctimas que de una u otra manera se ven afectados por omisiones en los servicios médicos.

Como resultado de toda esta evolución jurídica, cada día se ha tenido un gran avance en la protección de los derechos del paciente, dándole gran importancia a la responsabilidad médica estatal, logrando que la vulneración a esos derechos fundamentales sean materia de reparación patrimonial como consecuencia de la vulneración al derecho a recibir atención oportuna y eficaz.

Se debe tener en cuenta que, por responsabilidad patrimonial se entiende como aquella obligación que recae sobre una persona pública o privada de indemnizar a otra por su comportamiento activo u omisivo en virtud de los daños materiales e inmateriales que haya causados como consecuencia de un daño antijurídico.

La responsabilidad patrimonial del Estado tiene sus bases en tres elementos que han sido contruidos por (Corte Suprema de Justicia (Sentencias C-644 de 2011, C-286 de 2017) heredados de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que estableció como requisitos imperativos de la responsabilidad patrimonial del Estado la existencia de un daño antijurídico, que la acción u omisión en la que se incurrió sea imputable a las entidades públicas y que concurra una relación de causalidad material entre el daño antijurídico el cual no se tenía la obligación de soportar y el órgano estatal.

Cuando el servicio médico estatal no se presta, se presta tardíamente o se presta de manera defectuosa, hay lugar a que se declare la responsabilidad patrimonial del Estado

siempre y cuando esto genere un daño antijurídico, es decir por la falta de atención oportuna y eficaz en la prestación del servicio médico asistencial. Ahora es importante entrar a determinar si la reparación integral que se obtiene como consecuencia de las omisiones en la prestación del servicio médico asistencial cumple con la función resarcitoria por la falla presentada.

Al desarrollar el presente artículo se pretende determinar, el alcance negativo de la pérdida de oportunidad por la violación al derecho a recibir una atención oportuna y eficaz en el servicio médico asistencial estatal como fuente potencial de responsabilidad patrimonial, por lo tanto surge la siguiente pregunta: ¿garantiza la pérdida de oportunidad, la reparación integral a la víctima, frente a la responsabilidad patrimonial del Estado con ocasión a la omisión en la debida prestación del servicio médico asistencial?

El Consejo de Estado a través de su Sección Tercera, de manera acertada ha desarrollado la estructura de la responsabilidad patrimonial del Estado, pero así mismo ha venido incurriendo en un desatino al momento de tasar la indemnización y compensación de perjuicios cuando se lesiona el derecho a recibir una atención oportuna y eficaz en el servicio médico hospitalario al darle paso a la figura de la pérdida de oportunidad cuando se incurre en una conducta omisiva y al momento de reparar integralmente a la víctima no se cumple con los postulados de la reparación integral.

En tal virtud se hace necesario, en tratándose de responsabilidad médica estatal, que exista un criterio único y sólido en este sentido, esto con el ánimo de fortalecer la jurisprudencia, y se sostenga una tesis unificada en la estructura de la responsabilidad patrimonial del Estado cuando se presenten conductas por la no prestación del servicio médico hospitalario de manera oportuna y

eficaz, debiendo desecharse la teoría de la pérdida de oportunidad en materia de responsabilidad médica, pues la oportunidad que se alega perdida realmente no existe y solo se trata de una incertidumbre causal entre la culpa del demandado y el daño sufrido por el demandante (Tamayo, J, 2023).

La jurisprudencia, al darle aplicación a la teoría de la pérdida de oportunidad en los casos de violación al derecho a recibir una atención oportuna y eficaz en el servicio médico asistencial estatal y sobre todo cuando la vulneración se da en casos de omisión, se está apartando del mandato constitucional consagrado en la cláusula general de responsabilidad prevista en el artículo 90 superior, es decir, se está generando un desequilibrio al momento de obtenerse una reparación integral por parte de las víctimas cuando hay un resultado dañoso derivado de una conducta omisiva a sabiendas que la responsabilidad del estado se da por acción y por omisión.

1. Marco jurídico analítico

Para facilitar una mayor percepción, en este acápite se tendrán en consideración las nociones esenciales que permiten el discernimiento de los elementos y la naturaleza que concierne a la responsabilidad patrimonial del Estado. Dirigiendo su enfoque respecto a los daños ocasionados y los perjuicios que se derivan de estos en el ámbito de la prestación del servicio médico asistenciales estatales.

Así mismo, se asumirá el tratamiento tanto de la jurisprudencia, la doctrina y las normas en virtud de los daños que se generan debido a la falta de operatividad de las entidades estatales cuando estas vulneran el derecho a recibir una atención oportuna y eficaz.

1.1. Violación al derecho a recibir una atención oportuna y eficaz en el servicio médico asistencial estatal como fuente de responsabilidad patrimonial.

El Estado colombiano en su contexto jurídico cuenta con referentes normativos tales como el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Organización de las Naciones Unidas, 1948), y establece que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que le asegure, así como a su familia la salud y el bienestar, la vinculación del Estado a la Organización Mundial de Salud - OMS desde el 14 de mayo de 1959, le impone una carga de contenido obligacional con el fin de trabajar en su finalidad de alcanzar para todos los pueblos el grado más alto posible de salud. Así mismo el artículo 48 de la Constitución Política de 1991, estipula a la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado. (Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia [Cancillería], s.f.)

La seguridad social es un derecho de raigambre constitucional, cuya función es preservar el bienestar general de los asociados. En este sentido como lo refiere (Gaitán, L. 2006), este derecho tiene como función la cobertura de las necesidades básicas, y dentro de ellas está la salud. Bajo esta premisa es reconocida por la Constitución Política como un derecho fundamental y un servicio de contenido obligacional de carácter público. Por lo tanto, este servicio puede ser prestado por entidades públicas o privadas conforme a lo previsto en el artículo 48 constitucional.

El Honorable Consejo de Estado a través de su jurisprudencia ha señalado que, los eventos de urgencia forman parte de los beneficios de la seguridad social, razón por la

que debe ser garantizada sin excepción alguna en todo el país, dado que se trata de un servicio de atención inmediata que no debe estar sometido a períodos de espera. Como lo indica (Tole, J. 2006), la salud en la Constitución tiene una doble dimensión, primero es que se reconoce como un derecho fundamental y segundo es reconocida como un servicio público, queriendo significar lo anterior que ante la configuración de una falla en el servicio por una vulneración de contenido obligacional a cargo del Estado, habrá lugar a una declaratoria de responsabilidad patrimonial siempre y cuando se cumpla con los requisitos previstos en el artículo 90 de la Constitución Política.

Entiéndase que la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado se fundamenta la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación de este a la actividad pública por un actuar activo u omisivo.

El Consejo de Estado, ha manifestado a través de su Sección Tercera, Sala Plena, la unificación de sus criterios jurisprudenciales exactamente en los siguientes casos. El primero de ellos, en sentencia proferida el (19 de abril de 2012), Exp. 21515 (M.P. Hernán Andrade Rincón); y el segundo, en la sentencia (23 de agosto de 2012), Exp. 23492 (M.P. Hernán Andrade Rincón). En estas jurisprudencias se indican que, en el evento de presentarse un daño, que sea ocasionado por el actuar activo u omisivo por parte del Estado a un asociado y que este no se encuentre en la obligación de soportarlo, es decir si se cumplen los criterios para determinar la antijuridicidad del daño y la imputación tanto jurídica como normativa, el resultado será la determinación de una responsabilidad patrimonial.

Entendido lo anterior, en todos los regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado, tal como lo indica el artículo 90 constitucional es requisito sine qua no la existencia de la imputabilidad, al cumplirse con ese requisito se conlleva a la reparación del daño antijurídico que se encuentra en cabeza del Estado, así mismo la relación y prueba de los hechos debe ir acompañada de la atribución jurídica. Por lo tanto, la imputación exige el estudio del ámbito factico y la imputación jurídica en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico, y su determinación se da bajo distintos títulos de imputación como lo es la falla o la falta en la prestación del servicio, el daño especial, que determina el desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal que determina el riesgo excepcional y el riesgo.

Es importante tener en cuenta los aspectos que relaciona la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que (Corte Constitucional, C-043 de 2004) sostiene que la superioridad jerárquica de las normas constitucionales, impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no solo por la norma expresa que lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen.

La responsabilidad patrimonial del Estado por falla en la prestación del servicio médico gira en torno al esquema propuesto por la responsabilidad civil en general, esto es, que deben concurrir la culpa, el daño y el nexo

causal que permita la imputación de responsabilidad para que el juez de lo Contencioso Administrativo pueda configurar una falla del servicio por violación al contenido obligacional a cargo del Estado. Ahora teniendo en cuenta la omisión que se presenta por el incumplimiento del contenido obligacional, se hace necesario determinar, si le asiste responsabilidad patrimonial al Estado y hasta donde la reparación integral que se obtenga garantiza el resarcimiento de los perjuicios ocasionados como consecuencia del daño padecido.

1.2. La responsabilidad médica estatal en Colombia.

Su referente tiene creación legal con la Constitución de 1886, y en ella se determinaba que la salud era un servicio único y exclusivamente a cargo el Estado, lo anterior implicó que la administración asumiera deberes sociales, que se fueron desarrollando con cada una de las reformas constitucionales que se dieron al interior de dicha constitución, y en particular se autorizó la participación estatal en la provisión de servicios de salud tanto públicos como privados, así mismo se abrogó la potestad de ejercer funciones de inspección y supervisión sobre estos servicios.

La responsabilidad médico estatal la estructuro el Consejo de Estado con base en la teoría de la falla del servicio, por lo tanto, su factor de atribución es subjetivo, es decir, la responsabilidad del Estado se compromete cuando el servicio médico ha sido defectuoso o ha incumplido las obligaciones establecidas en las normas o en los estándares profesionales conocidos como *lex artis*. Sin embargo, hay eventos en los que se admiten excepciones a esta regla, y se aplica en su lugar el título de imputación objetivo.

1.2.1. Historia de la responsabilidad patrimonial del Estado.

La doctrina toma como fuente de la responsabilidad estatal la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, como resultado de la Revolución Francesa, en cuyo texto en el artículo 17 señalaba que: “la propiedad es un derecho inviolable y sagrado, que nadie puede ser privado de ella sino cuando lo amerite la necesidad pública y sea legalmente constatada.

Como efecto de esto, la Revolución Francesa marco un hito histórico sobre todo en la época en que la monarquía se abrogaba la facultad de tomar decisiones sin importar lo que pasara con el asociado, este hecho conllevó a que se reconociera al ser humano como sujeto titular de libertades y como sujeto de derechos, lo cual sirvió como base para obtener logros posteriores, como lo fue la implementación de la responsabilidad del Estado. (De Blas, A., 2015).

Ahora bien, las corrientes jurídicas europeas han tenido gran incidencia en el derecho administrativo colombiano, abarcando sobre todo lo referente a la noción de la responsabilidad estatal ante las posibles fallas que se presenten en la prestación de los de los servicios públicos; esto implica que al presentarse una falla en el servicio, el Estado asume la responsabilidad patrimonial de reparar los perjuicios sufridos por los administrados como consecuencia del daño ocasionado. (Arenas, H., 2020)

Otro aspecto de vital importancia fue la decisión que se tomó sobre lo que hoy se conoce como el fallo Blanco, el cual marco una línea jurisprudencial sobre la responsabilidad estatal en Francia, siendo tal su importancia que logro influir en muchos países iberoamericanos. A través de esta sentencia, el Tribunal de Controversias fijo de manera férrea la posición sobre la responsabilidad patrimonial del Estado cuando se presenten daños causados como consecuencia de la prestación del servicio público, de igual manera le atribuyo a la jurisdicción

contencioso-administrativa la competencia para conocer de estos asuntos.

En Colombia, la historia de la responsabilidad administrativa tiene sus orígenes orgánicos, es decir, por las corporaciones que han tenido la función de hacer los juicios de responsabilidad estatal, tal es el caso de la Corte Suprema de Justicia quien tenía la facultad de conocer de las controversias existentes entre los particulares y el Estado hasta antes de que se creara una jurisdicción especializada para estos asuntos como lo es la jurisdicción de lo contencioso administrativo en cabeza del Consejo de Estado colombiano. (Gil, E. 2006)

Fue solo a finales del siglo XIX cuando se estableció la responsabilidad patrimonial del Estado. Esto fue impulsado principalmente por las decisiones judiciales de la Corte Suprema de Justicia, lo que permitió que la Nación, como entidad legal, pudiera asumir la responsabilidad por acciones específicas sin estar sujeta a las mismas reglas de responsabilidad aplicables a los individuos particulares. Desde esta perspectiva, el Estado tiene el deber de salvaguardar los intereses de los ciudadanos. Es cierto que por tratarse de una entidad pública no puede ser considerado penalmente responsable, pero sí está obligado a reparar integralmente a los administrados por los daños causados por sus funcionarios.

En aras de estructurar la responsabilidad del Estado frente a sus acciones u omisiones, la Corte Suprema de Justicia señaló un régimen especial. En principio se estableció la responsabilidad indirecta de las personas jurídicas de carácter público. Esta responsabilidad se basaba en la culpa cometida por los funcionarios o subordinados de la entidad estatal al causar daños a terceros durante el ejercicio de sus funciones o con relación a ellas.

El régimen de responsabilidad indirecta se fundamentó en dos pilares: la

culpa *in eligiendo* (culpa en la elección) y la culpa *in vigilando* (culpa en la vigilancia). En el marco normativo colombiano, este régimen se encuentra consagrado en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, los cuales regulan la responsabilidad indirecta por los actos realizados por terceros. (Mendoza, L., 2017)

Según esta regulación, se establece la obligación para las personas jurídicas de realizar una selección cuidadosa de sus agentes estatales y supervisar detenidamente su desempeño. En el caso que estos agentes, durante el ejercicio de sus funciones estatales, incurran en acciones negligentes, dicha responsabilidad se transfiere a la persona jurídica. En otras palabras, la entidad se hace responsable de los actos negligentes cometidos por sus agentes. Es esencial tener presente que esta forma de responsabilidad indirecta significa que la persona jurídica también podría ser considerada culpable si no cumple adecuadamente con su deber de selección y supervisión. Por lo tanto, resulta fundamental que la entidad ejerza un control meticuloso sobre sus agentes estatales con el propósito de prevenir posibles situaciones de negligencia o incumplimiento en el ejercicio de sus funciones.

En este contexto previo a la promulgación de la Constitución de 1991, la Corte Suprema de Justicia, a través de su Sala de Casación Civil y Negocios Generales, tenía la competencia para abordar los conflictos que involucran la responsabilidad patrimonial del Estado. Esta situación se presentaba debido a la ausencia de una regulación específica. A pesar de esta carencia normativa, los jueces no tenían la opción de emitir fallos inhibitorios. En este escenario, se recurrió al uso de la analogía para aplicar los criterios normativos establecidos en el código civil en relación con la responsabilidad extracontractual de los individuos. De esta manera, se sentaron las bases para el primer paso en la evolución de la

responsabilidad patrimonial del estado. (Armenta, A.; 2008)

A partir de 1941, la Corte Suprema de Justicia adoptó una nueva perspectiva soportada en el artículo 2341 del Código Civil, afirmando la naturaleza directa de la responsabilidad patrimonial del Estado. Esta postura desempeñó un papel fundamental al establecer una distinción clara entre la responsabilidad de las personas jurídicas de derecho privado y aquellas que operaban en el ámbito del derecho público. Esta evolución allanó el camino para que el Consejo de Estado desarrollara su propia doctrina en relación con la responsabilidad de la administración pública. Dado que la Constitución de 1886 carecía de una disposición que respaldara la obligación del Estado de indemnizar los daños causados, el Consejo de Estado se vio obligado a fortalecer los criterios jurisprudenciales con el fin de establecer los fundamentos de la responsabilidad extracontractual del mismo.

El contexto anterior demuestra cómo las teorías y fundamentos desarrollados por el Consejo de Estado en ese período sentaron las bases para la concepción de los regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado. Además, estas ideas también propiciaron la incorporación exitosa de dichos regímenes en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991.

1.2.2. Elementos para determinar la responsabilidad patrimonial del Estado.

A partir de los avances doctrinales y jurisprudenciales se han desarrollado los elementos que se hacen necesarios para que se materialice la responsabilidad patrimonial del Estado. Desde este punto de vista se indica que, para determinar esta responsabilidad deben concurrir la actuación administrativa, el nexo causal y el daño. (Tamayo, J. 1999)

1.2.2.1. Actuación administrativa

La actuación administrativa dentro del marco de la responsabilidad Estatal hace referencia a todas aquellas acciones y decisiones ejercidas por la autoridad que le pueden generar obligaciones en caso de actuar de manera incorrecta, negligente o contrariando la ley. Recordemos que, de acuerdo con la legislación colombiana, la Administración puede actuar por medio de actos, hechos, operaciones, vías de hecho y omisiones. Es claro que en todas estas actuaciones pueden arrojar como resultados daños antijurídicos que le son imputables, que dan lugar a emitir juicios de responsabilidad, aunque no siempre sea a través de los mismos medios procesales (Saavedra, B., 2018).

1.2.2.2. Daño

Tradicionalmente el daño estuvo denominado como elemento de la culpa, pero a partir de la Constitución Política de Colombia de 1991, surgió el concepto de daño antijurídico, que es el elemento principal sobre el cual se estructura la responsabilidad patrimonial del Estado. Para que se configure el daño antijurídico de acuerdo con el artículo 90 constitucional, se requiere de dos elementos: i) la existencia del hecho o fenómeno físico y ii) el elemento formal que proviene de la norma jurídica. Una vez constatada la existencia del daño antijurídico se hace necesario realizar el correspondiente juicio de imputación, que permita determinar si dichos daños pueden ser atribuidos fáctica y jurídicamente a la entidad demandada, o si opera alguna de las causas eximentes de responsabilidad, o se produce un evento de concurrencia en la producción del daño. (Pantoja, J., 2017)

Según lo expuesto por (Henao, J., 1998. P. 623), en la actualidad, la teoría de la responsabilidad del Estado se basa en los

principios establecidos en el artículo 90 de la Constitución Política. Este cambio es significativo porque fundamenta la responsabilidad del Estado en el concepto de daño antijurídico y en la imputación del daño a un órgano estatal, no limitándose únicamente a la culpa del Estado o a una falla en el servicio. Gracias a esto, la jurisprudencia ha afirmado que los únicos elementos indispensables para declarar la responsabilidad del Estado son el daño antijurídico y su imputabilidad a una entidad jurídica del ámbito público.

Por su parte el Consejo de Estado en sentencia del 31 de octubre de 1991, Exp. 6515 (M.P. Julio Cesar Uribe), definió el daño antijurídico desde sus inicios como el detrimento sufrido por un particular sobre un bien jurídicamente tutelado sin que exista un vínculo jurídico que lo obligue a soportarlo.

La jurisprudencia, a medida que ha evolucionado en sus pronunciamientos, ha experimentado cambios en la definición de la tipología del daño, reconociendo en la actualidad los siguientes:

- Daños materiales: se caracterizan por el menoscabo sufrido por la víctima como resultado de una lesión, y puede desglosarse en dos subcategorías: el daño emergente y el lucro cesante.
- Daño emergente: se refiere a la disminución en el patrimonio del individuo afectado, lo que significa que la persona experimenta una reducción en el valor de sus activos.
- Lucro cesante: se trata de otro aspecto del daño material, lo que implica la pérdida de ganancias potenciales. En esencia, se refiere a la frustración de las ventajas económicas que la víctima

habría esperado obtener en ausencia del evento dañino.

- Daños inmateriales: Esta integrado por aquellos que se relacionan de manera directa con la afectación interna de la persona, estos surgen cuando existe un perjuicio emocional, psicológico o reputacional como resultado de una acción u omisión por parte del Estado. Estos no tienen que ver con las afecciones económicas o patrimoniales de las mismas, sino con el menoscabo emocional sufrido por estas. Forman parte de este tipo de daños los siguientes:
- Daño moral: Lo integran aspectos importantes como el dolor, el sufrimiento o la tristeza producidos por la actuación que da lugar a la responsabilidad, que se tornan compensables con una suma de dinero.
- Daño a la salud: se materializa al ampararse un perjuicio fisiológico o biológico.
- Perjuicios por afectación de bienes o derechos protegidos convencional y constitucionalmente: es aquel que reconoce reparación por cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, que no esté relacionado con la integridad física de la víctima.

1.2.2.3. Imputación jurídica

La imputación jurídica hace referencia a la atribución de responsabilidad al Estado por la acción u omisión de las autoridades cuando se cause un daño a los administrados y debe darse en sus dos esferas, es decir tanto fáctica como jurídica.

1.3. Responsabilidad médica estatal.

El Consejo de Estado tradicionalmente ha venido estructurando la responsabilidad médico-estatal con fundamento en la teoría de la falla del servicio, que supone, que en principio, solo se compromete la responsabilidad estatal cuando el servicio ha sido defectuoso o violatorio de los contenidos obligacionales establecidos en las normas legales o en los postulados de la *lex artis*, que implica que de manera general el factor de atribución de esta responsabilidad es subjetivo o por funcionamiento irregular o anormal del servicio, con todo, se admiten excepcionalmente algunos eventos de responsabilidad objetiva. (Serrano, L., 2020)

1.3.1. Estructura de la Responsabilidad Médica.

Los elementos que se requieren para estructurar la responsabilidad médica estatal se originan en las siguientes acciones: un daño y una imputación jurídica a la entidad estatal. Por lo anterior se hace necesario tener en cuenta la existencia de un daño, verificado el mismo, es indispensable determinar si este proviene de una falla del servicio, que puede ser por una irresponsabilidad, un descuido o por una omisión. Seguidamente se debe realizar el análisis para determinar si hay lugar a una imputación jurídica y con ello deprecar una reparación por el perjuicio ocasionado.

1.3.1.1. El Daño en la estructura de la responsabilidad médica.

En el ámbito de la responsabilidad médica Estatal, el daño antijurídico es el menoscabo que experimenta un paciente como resultado de una acción u omisión proveniente de un profesional de la salud o de la entidad

médico asistencial. En este sentido, los daños dentro de la responsabilidad médica pueden materializarse a través del da físico, el sufrimiento y dolor, daño patrimonial, pérdida de la oportunidad o la muerte del paciente.

1.3.1.2. La imputación en la estructura de la responsabilidad médica.

La imputación se refiere a un concepto jurídico que asigna al sujeto la responsabilidad de compensar un perjuicio basándose en la relación existente entre ambos. No se limita simplemente a establecer la causa de los daños, sino que también implica la identificación de los fundamentos legales que respaldan la imputación de la culpa al Estado.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española manifiesta que imputar es “atribuir a otro una culpa, delito o acción”. De acuerdo con (Pantoja, J., 2017) la imputación busca despojar a la víctima de la carga probatoria del daño. En este sentido, esta figura reconoce que en algunas circunstancias en las que se han establecido las causas físicas del daño, se puede presumir quien lo ocasionó y la magnitud de este. Dicha presunción pretende facilitar la reclamación y la obtención de una compensación patrimonial adecuada.

Una vez analizado lo anterior se puede afirmar que en el ámbito de la responsabilidad médica estatal si no hay un factor de atribución de la responsabilidad derivada de una acción u omisión, negligencia o error, no puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado por carecer del elemento esencial denominado imputación jurídica.

1.3. Noción de la responsabilidad médica estatal a partir del desarrollo jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

La prestación del servicio médico debe brindarse de la manera más diligente, preservando la condición de la dignidad humana del paciente. En otros términos, como lo ha expuesto el Consejo de Estado (9 de junio del 2010) Sentencia, (M.P. Gladys Agudelo Ordonez), cuando se brinda un servicio médico, el objetivo es interrumpir el proceso causal que puede llevar al deterioro o pérdida de la integridad corporal del paciente debido a causas naturales o externas. Con esto se busca lograr la curación, mejora o al menos, la supervivencia del paciente en condiciones dignas. Por lo tanto, este servicio debe ser prestado con diligencia y de acuerdo con los avances científicos en el campo médico.

Sin embargo, no siempre es posible determinar si la actuación médica fue inapropiada basándose únicamente en los resultados obtenidos. Es importante tener en cuenta que existen enfermedades incurables o que no pueden ser superadas con los conocimientos científicos actuales. Además, algunos tratamientos pueden tener efectos adversos inevitables. No obstante, el médico debe evaluar cuidadosamente el equilibrio entre los riesgos y los beneficios de estos tratamientos, y debe informar al paciente de manera adecuada para que pueda tomar una decisión libre para someterse a ellos o no.

1.4. Responsabilidad del Estado en la prestación del servicio de salud.

Los criterios jurisprudenciales adoptados por la Sección Tercera del Consejo de Estado en materia de responsabilidad patrimonial por los daños derivados de la prestación del servicio médico asistencial señalan que la falla médica involucra una responsabilidad patrimonial por el acto médico propiamente a partir de la intervención profesional, por el diagnóstico errado de las

enfermedades, tratamientos e intervenciones quirúrgicas.

Teniendo en cuenta que a partir del momento en que un ciudadano ingresa a un centro médico Estatal, queda a cargo del personal médico o administrativo de esta, lo que conlleva a que las actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención profesional devienen en una responsabilidad de la entidad estatal en el evento en que este servicio no se preste de manera oportuna y eficaz.

Sostiene el precedente del Consejo de Estado que en materia de servicio médico asistencial la obligación es de medio y no de resultado, por esta razón, dependiendo de las circunstancias en que se presente, se deberá determinar el título de imputación bajo el que se determinará la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria, debiéndose verificar en la práctica de la prueba si el servicio médico asistencial fue oportuno y eficaz y si se realizó con los medios pertinentes para evitar el daño causado.

En cuanto al derecho a recibir un servicio médico oportuno y eficaz en salud, el Consejo de Estado, (27 de abril del 2011) Sentencia, (M.P. Mauricio Fajardo Gómez), expresa que la responsabilidad del Estado por una prestación deficiente o inexistente de servicios médicos puede generar responsabilidad patrimonial, incluso si no se produce un daño a la salud de los pacientes. Esto ocurre cuando dichas fallas constituyen una violación de otros derechos o intereses jurídicos, como el derecho a recibir un servicio eficiente.

En jurisprudencia reiterada, la Sala ha establecido que el Estado es responsable por los daños sufridos por los pacientes a quienes

no se les brinda un servicio médico eficiente y oportuno, incluso si no se demuestra que esas fallas hayan agravado su estado de salud. En otras palabras, la deficiencia en la prestación del servicio se equipará al propio daño.

A lo que resulta decir, que el Estado es responsable patrimonialmente por los daños que surjan por motivo de la omisión en la prestación del servicio médico asistencial o de su prestación deficiente. Lo mismo sucede cuando esos daños se presentan como consecuencia de la omisión o deficiencia de la entidad prestadora del servicio de salud. Por otro lado, también es responsable del daño aun cuando lo anterior no se demuestre como una relación causal, toda vez que se logre demostrar que la prestación médica asistencial no le fue brindada al paciente de manera diligente, ni haciendo uso de todos los medios técnicos científicos o de traslado a un centro de nivel de complejidad, o cualquier otra falla que vulnere su derecho a la salud y que pudo ser dada para evitar el daño causado.

En resumen, el Consejo de Estado el (27 de abril de 2011) Sentencia, (M.P. Ruth Stella Correa Palacio), establece que el Estado puede ser declarado patrimonialmente responsable por los daños derivados de la omisión en la prestación del servicio médico o por su prestación deficiente. Esto es válido cuando dichos daños ocurren como resultado directo de la omisión o deficiencia en la atención médica.

1.5. Origen de la teoría de la pérdida de oportunidad.

Su génesis se remonta a los sistemas jurídicos franceses e ingleses, (Sala de Casación Civil Francesa, fallo 17 de julio de 1889), cuyo origen se inicia a finales del siglo XIX y finales del siglo XX, consagrada especialmente en asuntos judiciales y a un

certamen de belleza (Doctrina Inglesa, cita falla de 1911), en la actualidad sigue ganando mayor importancia, en varios países, sistemas judiciales europeos y tribunales de derechos humanos (Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas), con lo que se concluye que es una figura netamente de raigambre judicial.

1.5.1. Concepto de la Pérdida de Oportunidad.

Esta figura jurídica consiste prácticamente en la desaparición de la probabilidad de un hecho favorable, ya sea de obtener una ganancia, un beneficio, o en la frustración de la probabilidad de evitar que se produzca un evento adverso, esa desaparición representa un daño reparable para quien lo sufre.

Por lo anterior, la oportunidad que se pierde es la consecuencia del hecho o conducta de un tercero que ha cercenado un interés jurídico, representado en una expectativa legítima de poder alcanzar un beneficio, de obtener una ganancia o de evitar una pérdida, que si bien existe incertidumbre de saber si el beneficio se habría producido o el perjuicio se habría evitado, existe certeza en que se ha cercenado de modo definitivo un interés legítimo, lo que da acceso al débito resarcitorio. Por ejemplo, la oportunidad de obtener un empleo, de ganar un caso judicial, de ganar un concurso, una competencia, de mejorar la salud, etc., que se pierde por la conducta del demandado.

1.5.2. Facetas de Aplicación de la Teoría de la Pérdida de Oportunidad.

La pérdida de oportunidad tiene aplicación en dos facetas, la primera, derivada de una conducta activa del tercero que interrumpe un curso causal favorable que impide obtener una ventaja o ganancia; y la

segunda derivada de una conducta de omisión que no impide un proceso causal adverso.

1.5.2.1. La pérdida de oportunidad derivada de una conducta activa.

Esta faceta de la figura se aplica cuando la persona del demandado realiza una conducta positiva que frustra a otra la posibilidad de obtener una ventaja.

La jurisprudencia ha admitido la reparación del perjuicio que consiste en la pérdida de una oportunidad cuando el daño resulta de un acontecimiento que hubiera podido producirse y no se produjo, por lo tanto, no se sabe si dicho acontecimiento efectivamente se iba a producir.

1.5.2.2. La pérdida de oportunidad derivada de una conducta omisiva.

Esta tiene además una segunda faceta, derivada de una conducta omisiva de un tercero, que no posibilita impedir un curso causal desfavorable, como por ejemplo la mujer que padece una hemorragia postparto que requiere transfusión de hemoderivados, lo cual no se puede hacer porque no hay estos insumos en el banco de sangre de la institución asistencial y de esta manera no se evita que muera. En este caso nos encontramos frente a un curso causal desfavorable respecto del cual existe el deber de actuar y no se actúa, omisión que posibilita que este curso causal desfavorable devenga en un daño.

1.5.3. Elementos para que se Configure la Responsabilidad por la Teoría de la Pérdida de Oportunidad.

Para que se configure la responsabilidad por la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad, sus cultores han establecido una serie de elementos, como son:

1.5.3.1. La existencia de un beneficio esperado o la necesidad de evitar un daño consecuencial.

Esta teoría tiene aplicación en aquellas circunstancias en que una persona se encuentra en una situación donde aspira obtener un beneficio: un nombramiento, la adjudicación de un contrato, que le otorguen una licencia de funcionamiento, mejorar la salud, entre otras, o en aquellos eventos en donde aspira evitar que se produzca un evento desfavorable: que se rompa el apéndice y genere una peritonitis, que la afectación cardíaca cause la muerte, que la lesión en la pierna gangrene una extremidad, entre otras complicaciones de salud. Entonces, en principio, se requiere que la persona se encuentre ante la expectativa de lograr una ventaja o de evitar una afectación.

1.5.3.2. La intervención activa u omisiva de un tercero impide obtener el beneficio o no evita que el curso causal riesgoso se materialice.

Este segundo elemento consiste en la intervención activa de un tercero que frustra un curso causal tendiente a conseguir una ventaja a la que aspiraba el demandante, por ejemplo, una persona pretendía concursar para un empleo y su hoja de vida se extravió en el correo, una persona tenía que presentar una entrevista de trabajo en el exterior, pero en la oficina de migración le impiden salir del país, una persona requería un trasplante y se expide la autorización, pero de forma extemporánea.

También se ha aplicado esta teoría en aquellos eventos en que una persona viene desarrollando un curso causal desfavorable que requiere la intervención de otra que tiene la obligación de actuar, y no lo hace, por lo que el curso lesivo deviene en un daño para esta persona, como es el caso del paciente con una afectación cardíaca que estando sintomático

acude al hospital y no lo atienden, motivo por el cual fallece.

1.5.3.3. Incerteza del beneficio esperado o del daño que se quería evitar.

Tanto si estamos en presencia de una conducta activa que impidió la obtención de un beneficio, o de una conducta omisiva que posibilitó que el curso causal adverso terminara en un daño, se tiene que la obtención del resultado que esperaba el afectado es incierto, porque ya no es posible retrotraer las cosas para demostrar con certeza que hubiera pasado si no se hubiese realizado la conducta que se cuestiona del tercero.

1.5.3.4. Certeza de la oportunidad perdida.

La doctrina y la jurisprudencia tradicional consideran que además de los anteriores, debe existir certeza de que la persona tenía una oportunidad de obtener la ganancia a evitar la pérdida, siendo indiferente para la configuración de este mecanismo si las probabilidades eran altas o bajas, pues lo que se exige es que tuviera alguna posibilidad de alcanzar el beneficio esperado.

1.5.3.4. Que la oportunidad fue frustrada por completo.

Este requisito supone que con la intervención del demandado se frustró por completo la probabilidad que tenía la víctima de obtener el beneficio o evitar la pérdida y ya no hay nada que hacer para impedir el resultado indeseado, la persona ya murió, ya le tuvieron que amputar la extremidad, ya quedó con la secuela definitiva, entre las muchas consecuencias de la negligencia médica, pues si la persona todavía conserva una oportunidad de lograr al resultado apetecido y esperado, porque, por ejemplo, le quedan otras

alternativas terapéuticas, entonces esta teoría no aplica.

1.5.4. Utilización de la Teoría de la Pérdida de Oportunidad.

Tanto autores como jueces le han dado distinta utilización a esta figura, ya como mecanismo para establecer la certeza del perjuicio, ya como un recurso para tener por establecido el nexo causal en los eventos en que existe incertidumbre respecto de la demostración de este elemento.

1.5.4.1. La pérdida de oportunidad como mecanismo para establecer la certeza del perjuicio.

Esta teoría se aplicó inicialmente en aquellos eventos en que una persona tenía la probabilidad de obtener una ventaja o beneficio que se frustraba por la conducta del demandado, tornándose en consecuencia incierto saber si este beneficio se hubiere alcanzado si el demandado no se hubiera interpuesto en el proceso del cual se esperaba obtener una ventaja, sin embargo, la oportunidad perdida se consideraba un daño cierto que debía ser reparado. Los primeros casos donde se utilizó la figura fue la famosa sentencia Chaplin vs Hicks [1911], que concedió a la demandante, una de las cincuenta finalistas del concurso de belleza, una indemnización por la pérdida de oportunidad de optar a uno de los doce premios como consecuencia de no haberle notificado por el demandado el día en que se celebraba la final.

1.5.4.2. La pérdida de oportunidad como mecanismo para tener por establecido el nexo causal en los eventos de dificultad en su demostración.

La teoría de la pérdida de oportunidad se ha venido aplicando recientemente a los

casos de falta de certeza causal, frente a la dificultad de la prueba del nexo causal, en particular, en los procesos de responsabilidad civil médico- sanitaria, en aquellos eventos en que el paciente presenta una enfermedad preexistente al que se le suma la omisión o la negligencia del médico en la atención, que además privan a este último de los cuidados médicos adecuados que culmina con un desenlace fatal.

1.5.4.3. La pérdida de oportunidad como método de cuantificación del perjuicio.

Una cosa es considerar la pérdida de oportunidad como un recurso para tener por establecido el daño, para darle certeza al mismo, al considerarlo como un daño autónomo, intermedio, diferente del perjuicio final, y otra es utilizar esta figura como un recurso para tasar proporcionalmente los perjuicios materiales e inmateriales en consideración a la proporción de la oportunidad perdida.

Esta utilización como método para cuantificar el daño, es la que más defienden los autores y aplica la jurisprudencia, sobre todo del derecho comparado, que plantean que, ante la incertidumbre con respecto al nexo causal y el daño mismo, esta figura sirve para moderar la condena.

1.6. La Pérdida de Oportunidad en Materia de Responsabilidad Médica.

La teoría de la pérdida de oportunidad en materia de responsabilidad sanitaria reviste unas particularidades que no se advierten en ningún otro campo, cual es la circunstancia que siempre que se realiza un acto médico el galeno se encuentra con un paciente que tiene una enfermedad, cursa en él una patología o una condición adversa de salud frente a la cual el facultativo está en la obligación de actuar conforme los dictados de la ciencia médica

para tratar de mitigar o salirle al paso a ese proceso causal desfavorable. Esta teoría tiene lugar, según sus cultores, cuando en estas circunstancias la expectativas o probabilidades que tiene el paciente de lograr una mejoría en su salud se frustran por la negligencia o la inactividad del médico o del centro asistencial, de forma que al no tener incidencia en el proceso causal de la enfermedad se produce un resultado adverso final como puede ser la muerte o un empeoramiento de la condición de salud del enfermo, sin que haya manera de saber que de haberse actuado oportunamente y conforme los dictados de *lex artix* el paciente hubiere evitado ese resultado adverso, porque simplemente no se hizo y ya el resultado adverso se produjo: murió el paciente, perdió un órgano o un miembro.

Entonces, la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria consiste en la privación de la posibilidad de conseguir una ventaja esperada, incierta y eventual que podría obtenerse con la atención médica, y que no se obtuvo por la negligencia del facultativo o de la entidad asistencial.

De lo anterior se puede afirmar que la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria consiste en la privación de la posibilidad de conseguir una ventaja esperada, incierta y eventual que podría obtenerse de la atención médica, y que no se obtuvo por la negligencia del facultativo o de la entidad asistencial.

2.- Materiales y métodos

El artículo adopta un enfoque cualitativo con miras a realizar un análisis crítico referente a fenómenos jurídicos que se presentan dentro de un entorno social. En este caso, se analiza el dinamismo de la jurisprudencia del Consejo de Estado y se realiza una crítica a la figura de la pérdida de

oportunidad y a su alcance negativo en materia de reparación integral, puesto que dicha figura no debe ser usada en materia de responsabilidad médica y además porque ella no garantiza una verdadera reparación cuando el servicio médico asistencial no se presta de manera oportuna y eficaz.

En el desarrollo del presente, se emplea el método de la hermenéutica jurídica con el objetivo de examinar de manera detallada el marco legal. Según (Dueñas, 2006), la hermenéutica jurídica no consiste en criticar la jurisprudencia, sino en analizar de manera racional la producción de las altas cortes a través de un enfoque investigativo riguroso, que permita revelar aspectos que no son evidentes a simple vista.

Para lograr el objetivo de este trabajo se recurrió a fuentes secundarias, como leyes y sentencias contenidas en documentos, códigos, artículos científicos, y doctrina. Estas fuentes fueron utilizadas para fundamentar y respaldar la posición planteada con el fin de proporcionar un sustento y unos argumentos sólidos.

3.- Resultados

En el presente acápite se desarrolla de manera puntual el análisis de la problemática planteada que corresponde a determinar si ¿Garantiza la pérdida de oportunidad, la reparación integral a la víctima frente a la responsabilidad patrimonial del Estado con ocasión a la omisión en la debida prestación del servicio médico asistencial?

3.1. Obligaciones del Estado en la regulación del derecho fundamental a la salud.

La salud dentro del ordenamiento jurídico colombiano es un derecho

fundamental y un servicio público de contenido obligacional, por lo tanto, para garantizar su protección y la efectividad en la prestación, el artículo 5 de la Ley 1751 del 2015, establece que el Estado debe ejercer una serie de acciones que garanticen su regulación, tales como:

- **Abstenerse:** Se impone la obligación de no afectar directa o indirectamente el disfrute del derecho fundamental a la salud, de igual forma se deben evitar acciones u omisiones que lleven al deterioro de la salud de la población.
- **Formular y adoptar:** Adelantar políticas de salud dirigidas a garantizar el goce efectivo del derecho en igualdad de trato y oportunidades para toda la población.
- **Establecer:** Adoptar mecanismos para evitar la violación del derecho fundamental a la salud y determinar su régimen sancionatorio.
- **Velar:** Garantizar el cumplimiento de los principios del derecho fundamental a la salud en todo el territorio nacional.
- **Realizar:** Evaluaciones sobre los resultados del goce efectivo del derecho fundamental a la salud.
- **Adoptar:** Una regulación de políticas indispensables para financiar de manera sostenible los recursos para garantizar el cubrimiento de gastos para el área de la salud.

- **Intervenir** : En el control del mercado de medicamentos, dispositivos médicos e insumos en salud.

3.2. Contextualización sobre el derecho a recibir una atención oportuna y eficaz en el servicio médico asistencial estatal como fuente de responsabilidad patrimonial.

La reparación integral es el resultado de la responsabilidad patrimonial al acudir los asociados ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para incoar la reparación de los daños causados o derivados de una acción u omisión de cualquier autoridad estatal.

Las fallas en el servicio de salud en Colombia son las más comunes, y denunciadas a diario ante la Superintendencia de Salud, la Procuraduría General de la Nación, entre otras entidades de control y vigilancia. Este problema se ha vuelto constante en el servicio médico-hospitalario y el Estado como gestante de las entidades públicas, está obligado a responder por los daños causados y las fallas en el servicio médico asistencial. La Corte Constitucional (C- 644 del 31 de agosto de 2011), Sentencia (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), refiere que la víctima tiene el derecho de acudir a buscar el resarcimiento de los perjuicios a través del medio de control de reparación directa.

3.3. Posturas jurisprudenciales sobre la pérdida de oportunidad

En este contexto, la utilización de la pérdida de oportunidad vulnera flagrantemente el derecho fundamental a la reparación integral, ya que no cuenta con una estructura sólida que pueda garantizarla. Aunado a lo anterior, induce al operador judicial a la arbitrariedad y a la toma de decisiones injustas. Como fundamento de lo anterior, se observan las distintas posturas adoptadas al interior de la

Sección Tercera del Consejo de Estado, en donde a ciencia cierta no existe un criterio único cuando se vulnera el derecho a recibir atención médica oportuna y eficaz, entre las cuales se encuentran las siguientes:

- I. Reconocimiento de la pérdida de oportunidad como un daño autónomo en presencia de una omisión de la atención médica y compensa pecuniariamente sólo daño moral sin aplicar porcentajes.
- II. Casos de negligencia médica en los que se reconoce solamente el daño moral proporcional al porcentaje de la pérdida de oportunidad.
- III. Situaciones en las que se reconoce por pérdida de oportunidad solo daños inmateriales y se descartan los daños materiales.
- IV. En este grupo el Consejo de Estado dice aplicar la pérdida de oportunidad, pero condena por omisión y ordena compensar e indemnizar todos los perjuicios ocasionados como consecuencia del daño.

Del análisis anterior es necesario plantear la siguiente pregunta:

¿Garantiza la pérdida de oportunidad, la reparación integral a la víctima, frente a la responsabilidad patrimonial del Estado con ocasión a la omisión en la debida prestación del servicio médico asistencial?

4. Discusión

El tratamiento que la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha desarrollado para la reparación integral por la lesión al derecho a recibir atención oportuna y

eficaz en el servicio médico hospitalario, no es totalmente acertado desde el punto de vista jurídico cuando utiliza la figura de la pérdida de oportunidad.

El Consejo de Estado en sentencia 27 de abril de 2011, Exp. 20502 señala que, en la actualidad, la responsabilidad del Estado por una deficiente o inexistente prestación del servicio médico puede generar consecuencias patrimoniales, incluso sin que se cause un daño a la salud de los pacientes. Esto ocurre cuando estas deficiencias constituyen la violación de otros derechos o intereses, como el derecho a recibir un servicio eficiente. En su jurisprudencia reiterada, la Sala ha establecido que el Estado puede ser responsabilizado por los perjuicios sufridos por los pacientes a quienes no se les brinde un servicio médico eficiente y oportuno, incluso si no se demuestra que estas fallas hayan empeorado sus condiciones de salud.

Sin embargo, es una construcción jurisprudencial poco acertada en lo que tiene que ver con la reparación integral a las víctimas, desconociendo que este es un derecho constitucional, convencional y fundamental. Precisamente como lo expone (García, F.2021), la reparación integral tiene como fin que ninguna de las vertientes del perjuicio quede al margen de esta, es decir, que debe abarcar tanto lo material como lo inmaterial. En este sentido, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado al momento de materializar la reparación integral no tiene en cuenta el fin de esta, pues en algunos casos se condena por la omisión porque el servicio médico asistencial no se prestó de manera oportuna y eficaz, reconociéndose el resarcimiento de los perjuicios a través de la pérdida de oportunidad.

Esta reparación se da sin que exista un parámetro para ello en un monto muy inferior

al previsto por el mismo Consejo de Estado a diferencia en los eventos cuando se presenta una conducta activa. En este sentido se origina un desequilibrio adverso y dañino que conlleva a la violación de este derecho constitucional, convencional y fundamental de la víctima, es decir a la reparación integral. Este es el aspecto negativo de esta construcción jurisprudencial, haciendo la salvedad que una cosa es la estructuración de la construcción jurisprudencial respecto de la responsabilidad patrimonial y otra cosa es la reparación integral que se desprende como consecuencia de esta, porque a pesar de ser dos aspectos distintos como se manifestó realmente esa pérdida no existe, solo se trata de una incertidumbre causal entre la culpa del demandado y el daño sufrido por el demandante, en la verdadera pérdida de oportunidad es imposible conocer la intensidad exacta de las oportunidades ciertamente perdidas y el valor monetario de la indemnización, porque para que se hable de pérdida de oportunidad, es necesario y posible probar que el demandado le hizo perder la oportunidad al demandante y lo que existe es una incertidumbre sobre la entidad o intensidad del daño probablemente sufrido por la pérdida de una oportunidad cierta y probada.

Sin lugar a duda, cuando el Consejo de Estado construye su línea jurisprudencial para estructurar en debida forma los elementos del daño para imputar responsabilidad patrimonial a la administración por acción, lo hace de manera acertada, pero se equivoca en algunos casos como lo es en los eventos para estructurar los elementos de la responsabilidad patrimonial por omisión, pues encontramos situaciones en donde se aprecia que su jurisprudencia es poco satisfactoria en lo relativo a la reparación integral en los eventos de la lesión al derecho a recibir atención oportuna y eficaz en el servicio médico hospitalario. Por ejemplo, cuando se han

presentado casos en los cuales ante el actuar de un grupo irregular llámese subversión o paramilitares que realizan masacres a una determinada población y los miembros de la Fuerza Pública no actúan y dejan de cumplir con su mandato constitucional de proteger la vida honra y bienes de todas las personas residentes en Colombia.

En estos casos, se observa y prueba palpablemente la omisión de cumplir con un mandato legal, es decir, que al momento de tomar la decisión para imputar responsabilidad al Estado lo hacen bajo el título de imputación de responsabilidad subjetiva desde la premisa de la falla en el servicio y bajo este entendido la reparación integral se reconoce de manera plena. Frente a lo anterior, el Consejo de Estado, Sala Tercera, Subsección B, (14 de junio del 2012), Sentencia (C.P. Estela Conto Diaz de Castillo), ha reconocido la reparación integral en casos como el planteado, previa demostración de la falla del servicio por omisión, máxime si se tiene en cuenta la posición de garantes que tienen los miembros de la fuerza pública quienes están obligados a que sus acciones: i.) se ajusten a los postulados del estado social de derecho, ii.) respeten y hagan respetar los derechos constitucionales fundamentales, los derechos humanos y el derecho internacional humanitario; iii.) se encaminen a preservar los bienes jurídicos que la Constitución y la ley ponen bajo su salvaguarda o tutela.

Ahora, en casos como el que estudiamos por la lesión al derecho a recibir atención oportuna y eficaz en el servicio médico hospitalario estatal, se presenta un aspecto completamente “negativo” en el entendido que no existe el nexo causal natural porque no se ha desplegado ninguna acción. Lo que hay que determinar es el vínculo normativo para poder realizar la imputación por el resultado dañoso y no porque se haya

participado en la concreción de ese daño sino por la omisión de un deber.

La jurisprudencia incurre en un garrafal error al acudir a figuras como la pérdida de oportunidad, fenómeno jurídico que puede derivar de una conducta activa u omisiva. Aplicándola en su línea jurisprudencial a la omisión cuando se lesiona el derecho a recibir atención oportuna y eficaz en el servicio médico asistencial, pero solo para estructurar la imputación.

A partir de la inclusión de esa figura, se presenta un desequilibrio que conlleva a señalar que sea una estructuración parcialmente acertada porque es la misma conducta omisiva que se presenta en los dos escenarios planteados, la omisión de los miembros de la Fuerza Pública es la misma omisión de los centros médicos hospitalarios estatales, los dos tienen el mismo deber de garantes, aunque en distintos escenarios. Es aquí donde llama la atención el desacierto de la jurisprudencia, al no garantizar el derecho fundamental a la reparación integral.

De igual forma, se reconoce un porcentaje inferior a lo previsto normalmente, debe propender la jurisprudencia por mantener la igualdad en todos los aspectos relacionados con la reparación integral. Dejando de lado la aplicación de la figura de la pérdida de oportunidad para darle paso a la reparación integral cuando la conducta se realiza por omisión, aplicando el título de imputación de responsabilidad subjetiva. En este sentido, se debe determinar que existe una falla en el servicio, como ocurre en los casos de responsabilidad en los que se condena al Estado por la omisión en la que incurren los miembros de la Fuerza Pública al no proteger a una población civil que está a merced de un grupo irregular.

Debido a lo anterior, se hace necesario avanzar hacia una garantía real del derecho a la reparación integral. La finalidad de esta es devolver a la víctima al estado en el que se encontraba con anterioridad al hecho que originó tal condición. Por lo tanto, al ocasionarse un daño antijurídico se genera en favor de la víctima el derecho fundamental a la reparación integral. En este sentido la Jurisprudencia de la (Corte Interamericana de Derechos Humanos, s.f.) ha afirmado que además de incluir compensaciones pecuniarias, las reparaciones de las víctimas deben abordar medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

En este sentido, se debe partir desde la construcción jurisprudencial en el entendido que debe existir un criterio único para estructurar la responsabilidad por omisión cuando se conculque el derecho a recibir una atención oportuna y eficaz en el servicio médico hospitalario. Así como para unos eventos en los cuales el Estado no actúa, la jurisprudencia lo enmarca dentro de la falla en el servicio y al hacerlo de esta manera se garantiza la reparación integral a las víctimas.

Entonces, cuando se lesiona el derecho a recibir atención oportuna y eficaz por parte del servicio médico hospitalario, en el que también existe una conducta omisiva, se opta por hacer uso de la pérdida de oportunidad considerada por la Sección Tercera como un daño autónomo, en el que aún no se llega a una construcción jurisprudencial respecto de la reparación integral de las víctimas. Lo anterior si se tiene en cuenta que, hay casos en los que solo existe el reconocimiento y pago del perjuicio moral y no en un cien por ciento. En otros se reconoce perjuicio moral y material, y en otros eventos se ha condenado al pago de pérdida de oportunidad y al perjuicio moral, lo que conlleva a manifestar con toda propiedad

que no existe un criterio único al interior de esta Corporación.

La anterior tesis se sustenta en dos eventos o circunstancias en las que se presentan conductas omisivas iguales. Es decir, no puede haber diferencia entre una omisión y la otra, las dos tienen la misma connotación. Nuestra Constitución Política en su artículo 90 ubica a la acción y la omisión en el mismo plano, entonces no es admisible que en un escenario se repare integralmente y en el otro no se garantice la reparación integral. Por lo anterior, podemos afirmar que la pérdida de oportunidad no es la figura que debe llenar ese vacío, ya que no tiene en cuenta a la víctima como factor principal para la reparación.

Amen de lo anterior, se puede afirmar que, en materia de responsabilidad médica, la oportunidad de curación de un enfermo no existe, ya que, en la evolución de la enfermedad, ya en evolución no hay aleatoriedad, pues solo existen dos alternativas las cuales se excluyen entre sí: o la curación del enfermo con un buen tratamiento, en cuyo caso el médico de nada responde; o la afectación de la salud del enfermo con un tratamiento que fue negligente, en cuyo caso el médico responde por todo.

También se debe tener en cuenta que la aleatoriedad y el determinismo en las cadenas causales entre las cuales se hallan la evolución de una herida o de una enfermedad son influyentes y no hay certeza sobre la existencia o inexistencia de la pérdida de oportunidad, siendo esta una de las razones para manifestar que en materia de responsabilidad médica la pérdida de oportunidad no existe. En consecuencia, para que se pueda hablar de pérdida de oportunidad en responsabilidad médica, el demandante debería probar que tenía una oportunidad de curarse, prueba que nunca existe y además de eso, deberá probar el porcentaje de esa probabilidad de curación.

Por esa razón debe construirse una línea jurisprudencial en forma seria, equitativa, ejemplar, exigente, que inste y advierta a los centros médicos asistenciales a prestar un servicio médico oportuno y eficaz.

Sabido es que, al llegar un usuario a un centro médico asistencial, la atención no es oportuna, ni eficaz. Incluso en algunos casos el tiempo de espera para la prestación de los servicios médicos se prolonga y muchos han fallecido en esa espera. Así mismo, someten a los pacientes a trámites administrativos dilatorios que en ocasiones conllevan que el paciente acuda al mecanismo residual de la acción de tutela y aun así los centros médicos hospitalarios siguen incurriendo en la misma conducta y por último le toca al administrado acudir a presentar desacatos, lo que hace que se dilate aún más la atención médica asistencial y en muchos casos se deteriore su salud, observando entonces que no estamos frente a una política pública de prevención de este tipo de daño antijurídico.

La construcción jurisprudencial debe ir encaminada a que haya una reparación integral de los perjuicios ocasionados como consecuencia del daño padecido. Cuando se presente una conducta omisiva debe apartarse la jurisprudencia de la teoría de la pérdida de oportunidad, porque si bien es cierto que en la conducta activa existe una causalidad natural en la conducta omisiva existe una imputación jurídica normativa por la abstención en la que se incurre por parte de la administración y más aún cuando esta tiene el deber de garante.

También es cierto que como resultado de dicha omisión se genera un daño que es causado directamente por el centro médico asistencial, verbigracia cuando el paciente llega con un evento coronario y demora en la sala de espera por lo menos dos horas para que

el galeno lo valore porque debe esperar su turno y por la gravedad o agresividad de su patología fallece en el centro hospitalario sin que se le haya prestado una atención médica oportuna y eficaz.

En este ejemplo del diario vivir podemos expresar claramente que el daño materializado en la muerte del paciente obedeció a que este no le prestaron el servicio médico asistencial de manera oportuna y eficaz, lo que conlleva a concluir que hubo una falla en el servicio por omisión porque no se actuó o, como ocurre en otros eventos, se actúa tardíamente.

Conclusión

La salud ha sido consagrada como un derecho fundamental reconocida en el artículo 49 de la Constitución Política de Colombia, en la Ley 1751 del 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y por el derecho internacional a través de la Convención Americana de Derechos Humanos, que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad. En estos existen diversos pronunciamientos en el ámbito de protección frente a la lesión al derecho a recibir atención oportuna y eficaz en el servicio médico hospitalario estatal que genera responsabilidad del patrimonio del Estado al existir su lesión.

El desarrollo del artículo permitió identificar una de las mayores problemáticas en el ordenamiento jurídico colombiano, teniendo en cuenta la responsabilidad patrimonial del Estado, por cuanto la salud es un derecho fundamental y que comprende un conjunto de servicios que deben garantizarse en su nivel más alto.

La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia ha evolucionado a lo largo de su historia, tanto antes como después de la promulgación de la Constitución Política de 1991. Con esta se introdujo una reforma significativa que estableció un régimen

especial para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado. Esta reforma se plasmó en el artículo 90 de la Constitución, que establece que el Estado debe asumir la responsabilidad patrimonial por los daños causados como resultado de las acciones u omisiones de las autoridades públicas.

Ahora bien, dentro del campo de la responsabilidad del Estado se ha reconocido la responsabilidad médica, esta hace referencia a la obligación que tienen los proveedores de servicios médicos, de responder por los daños que puedan causar a los pacientes debido a la prestación de atención médica inadecuada, negligente o defectuosa, o por la omisión en la prestación de este.

Se pretende con el presente artículo sentar una posición crítica respecto del alcance negativo en el que incide la figura de la pérdida de oportunidad por la violación a recibir una atención oportuna y eficaz en el servicio médico asistencial estatal como fuente de responsabilidad patrimonial, teniendo en cuenta que si bien es cierto en materia de responsabilidad médica se viene utilizando la misma, también es cierto que esta figura no es la más acertada o apropiada en el momento de cumplir con la reparación integral a la víctima, lo anterior teniendo en cuenta que el concepto de reparación integral no se limita de reparar la víctima de maneras superficial, por el contrario es un concepto muy amplio y la figura de la pérdida de oportunidad no puede ser la base o el fundamento para compensar y reparar a la víctima, amén de lo anterior, hasta el momento no existe dentro de nuestro máximo órgano de lo contencioso administrativo un criterio unificado en cuanto a la utilización de la teoría de la pérdida de la oportunidad como una posición seria para reparar a la víctima, tenemos casos donde se da un reconocimiento de la pérdida de oportunidad como un daño autónomo en presencia de una emisión de la atención médica e indemniza sólo daño moral sin aplicar porcentajes, casos relacionados con

negligencia médica en los que se reconoce solamente el daño moral proporcional al porcentaje de la pérdida de oportunidad, situaciones en las que se reconoce por pérdida de oportunidad solo daños inmateriales y se descartan los daños materiales y eventos en que el Consejo de Estado dice aplicar la pérdida de oportunidad, pero condena por omisión e indemniza por el daño final.

En este sentido, se debe partir desde la construcción jurisprudencial en el entendido que debe existir un criterio único para estructurar la responsabilidad por omisión y no acudir a la pérdida de oportunidad cuando se conculque el derecho a recibir una atención oportuna y eficaz en el servicio médico hospitalario. Así como para unos eventos en los cuales el Estado no actúa, la jurisprudencia lo enmarca dentro de la falla en el servicio y al hacerlo de esta manera se garantiza la reparación integral a las víctimas, Entonces, cuando se lesiona el derecho a recibir atención oportuna y eficaz por parte del servicio médico hospitalario, en el que también existe una conducta omisiva, se opta por hacer uso de la pérdida de oportunidad considerada por la Sección Tercera como un daño autónomo, en el que aún no se llega a una construcción jurisprudencial respecto de la reparación integral de las víctimas. Lo anterior si se tiene en cuenta que como se manifestó anteriormente, hay casos en los que solo existe el reconocimiento y compensación del perjuicio moral y no en un cien por ciento. En otros se reconoce perjuicio moral y material, y en otros eventos se ha condenado al pago de pérdida de oportunidad y al perjuicio moral, lo que conlleva a manifestar con toda propiedad que no existe un criterio único al interior.

Es fundamental que se establezca una línea jurisprudencial clara y coherente que garantice o regule la responsabilidad patrimonial del Estado en el campo de la responsabilidad médica cuando la atención no sea oportuna y eficaz de una manera precisa,

de fijar que constituye pérdida de oportunidad, como se deben calcular los daños y con base en que se determina el porcentaje de la pérdida de oportunidad.

Con lo anterior se generan una serie de interrogantes derivados de las decisiones propias de la Sección Tercera del Consejo de Estado que deberán ser resueltos para unificar el criterio jurisprudencial del problema planteado en esta investigación. En este sentido se debe determinar ¿si la forma como se ha planteado la reparación integral a las víctimas cumple con los fines esenciales del Estado Social de derecho cuando se utiliza la figura de la pérdida de oportunidad?, a su vez se debe establecer ¿si dentro de ese desconocimiento se vulneran derechos y garantías de las víctimas?, ¿si hay desconocimiento del principio de igualdad? y en dicho caso ¿si se desconoce la Constitución Política de Colombia cuando se responsabiliza patrimonialmente al Estado por presentarse una falla en el servicio por una acción de los servidores públicos lo hace de la misma manera cuando sus agentes incurrir en una omisión?, ¿si como consecuencia de ese desequilibrio se da plena aplicabilidad al principio de raigambre convencional, constitucional y fundamental de la reparación integral? o en su lugar ¿la decisiones que se adoptan en las providencias del Consejo de Estado están parcializadas para proteger a la administración en detrimento de las víctimas?

Las inquietudes planteadas dejan otro interrogante, ¿se ha pensado en la víctima, cuando las autoridades públicas incurrir en una omisión y por esta la víctima fallece?, ¿cumple la figura de la pérdida de oportunidad con el fin de la reparación integral?, ¿la pérdida de oportunidad está acabando con la construcción estructural de la jurisprudencia de la sección tercera del Consejo de Estado, no desde el punto de vista jurídico para determinar la responsabilidad patrimonial sino desde el punto de la reparación integral a las

víctimas?, ¿llegará el Consejo de Estado desechar la teoría de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad médica cuando se incurra en una omisión por la violación al derecho a recibir una atención oportuna y eficaz en el servicio médico asistencial?

Referencias

-Responsabilidad médica del Estado. - Juan Matera Ramos

-Responsabilidad del Estado por omisión.
- María Florencia Ramos Martínez

-Responsabilidad por daños y Estado. -
Oscar Álvaro Cuadros

-Tratado de responsabilidad médica. -
Luis Guillermo Serrano Escobar

-Derechos y Daños. – Sebastián Morillo Carrillo

-La responsabilidad patrimonial del Estado. - Luis Guillermo Escobar-Claudia Patricia Tejada Ruiz

-El daño a la salud en la jurisprudencia del Consejo de Estado. - María José Martínez Vargas

Responsabilidad civil extracontractual. –
Obdulio Velásquez Posada

-La responsabilidad civil médica. – Sergio Yepes Restrepo

-Tratado general de la responsabilidad extracontractual del Estado. – Carlos Enrique Pinzón Muñoz

-De la responsabilidad patrimonial del Estado. -Ramiro Saavedra Becerra

-La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil. – Luis Felipe Giraldo

Gómez, su aplicación en la responsabilidad médica.

-La responsabilidad por omisión y la teoría de la pérdida de oportunidad, especial referencia a la responsabilidad médica.

-La reparación integral en el derecho administrativo. – Franklin García Rodríguez

-La pérdida de oportunidad en el derecho de daños. – Luis Carlos Plata Prince

-La pérdida de una oportunidad en materia médica, un falso problema. – Javier Tamayo Jaramillo.