



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

La Responsabilidad Civil de las Entidades Promotoras de Salud por pérdida de oportunidad en casos de tratamiento de enfermedades terminales¹

John Alexis Bravo Urbano
Universidad Católica De Colombia

Resumen

La responsabilidad civil cumple un papel importante en el ámbito de la prestación de los servicios de salud, teniendo en cuenta que la omisión de una institución prestadora puede generar una responsabilidad cuya atribución que se fundamenta en el criterio de la culpa, en este ámbito han venido evolucionando las teorías de aplicación de los criterios de responsabilidad, una de las nuevas teorías que ha surgido en materia de responsabilidad es la del daño por pérdida de oportunidad que se desarrolló inicialmente en Francia y busca determinar la incidencia de la conducta de una persona natural o jurídica en los daños que se configuran por la pérdida de probabilidad en la recuperación o mejora y que se ha desarrollado en los últimos años por el Consejo de Estado en Colombia, en este sentido resulta relevante determinar si esto podría configurarse en el caso de las Entidades Promotoras de Salud cuando incumplen los principios de oportunidad y continuidad en la prestación de servicios médicos que corresponden al tratamiento integral de los pacientes con que padecen enfermedades terminales.

Palabras clave: Responsabilidad Civil, Daño Antijurídico, Probabilidad de recuperación, Perjuicio Autónomo, Perjuicio Proporcional, Nexo Causal.

¹Artículo de reflexión presentado como requisito por John Alexis Bravo Urbano para optar al título de Abogado de la Universidad Católica de Colombia por el Estudiante de Derecho con materias culminadas, perteneciente al programa de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, identificado con código estudiantil N° 2101354. Correo electrónico: jabravo54@ucatolica.edu.co, bajo la asesoría del docente Julián Alberto Ardila Mora, profesor de la Facultad de Derecho, 2018.

Abstract

The Civil liability plays an important role in the field of health services, bearing in mind that the omission of a provider institution can generate a responsibility whose attribution based on the criterion of fault, in this area have come evolving the theories of application of the criteria of responsibility, one of the new theories that has arisen in the matter of responsibility is that of damage due to loss of opportunity that was initially developed in France and seeks to determine the incidence of the behavior of a natural person or legal in the damages that are configured by the loss probability in the recovery or improvement and that has been developed in recent years by the Council of State in Colombia, in this sense it is relevant to determine if this could be configured in the case of the Promoting Entities of Health when they breach the principles of opportunity and continuity in the provision of medical services that correspond to the comprehensive treatment of patients with terminal illnesses.

Key words Civil Liability, Unlawful Damage, Probability of Recovery, Autonomous Damage, Proportional Damage, Causal Nexus.

Sumario

Introducción. 1. I Responsabilidad civil en el caso de prestación de servicios médicos. 1.1 Responsabilidad civil de las Entidades Promotoras de Salud, las Instituciones Prestadoras de Salud y sus agentes 2. Teoría de la pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad civil. 3. Atención en salud a pacientes que padecen enfermedades terminales. Conclusiones. Referencias Bibliográficas.

Introducción

La teoría de la pérdida de oportunidad actualmente se ha acogido en varios países para fallar casos de responsabilidad civil o responsabilidad extracontractual del Estado, para el análisis de su aplicación resulta relevante observar cómo se aborda el tema por los tribunales judiciales en otros países.

En España, por ejemplo, se ha reconocido la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad haciendo énfasis en que esta tiene su fundamento en que la identificación del daño basado en el cálculo de posibilidades de haber actuado en un determinado sentido, acomodándose la indemnización a tales circunstancias, por lo tanto, se tiene que la privación de la expectativa es un resultado dañoso indemnizable (Tribunal Supremo de España, Sala 1ª, RJ 1998/8371, 1998).

Es así como la doctrina ha reconocido que la teoría de la pérdida de oportunidad es un instrumento que surge a partir de la jurisprudencia y permite determinar el porcentaje de la incidencia de un hecho en el resultado que se causa, en el ámbito de la responsabilidad medico sanitaria resulta ampliamente útil la aplicación de esta teoría teniendo en cuenta que un hecho o una omisión si bien no puede ser la causa única de un daño producido a un paciente, puede incidir de manera relevante en la producción del mismo (Yerga, 2005, p.3).

En otras palabras, *“la pérdida de oportunidad está concebida como la frustración de una ganancia o expectativa de ganar u obtener algún beneficio o ventaja”* (Ibañez, 2009, p.1). En el caso de la actividad medico sanitaria resulta un tema especialmente interesante investigar acerca de la posibilidad de indilgar la responsabilidad civil por pérdida de oportunidad a las EPS e IPS que presentan falencias en la prestación de servicios médicos, situación que se presenta de manera frecuente en Colombia.

Dicha teoría es aplicable en varios de los casos de Responsabilidad civil por actividades medico sanitarias por parte de las Entidades promotoras de salud e Instituciones prestadoras de salud, teniendo en cuenta que en el ámbito de la prestación de servicios médicos esta teoría “se aplica especialmente en los supuestos de retraso o error de diagnóstico, tratamiento o asistencia tardía. Para atender a algunos supuestos en los que el daño efectivo y la relación de causalidad, es difícil de apreciar” (Gómez, 2015, p.23).

Surge entonces de lo anterior un problema jurídico que consiste en la identificación de los daños causados a los pacientes que padecen de una enfermedad terminal, por la demora injustificada en la autorización y prestación efectiva de servicios de salud por parte de entidades promotoras de salud y las instituciones prestadoras de salud y el camino que debe

seguirse para que dichos daños sean reparados de manera integral por las mismas cuando le restan oportunidades de recuperación al paciente.

En armonía con lo expuesto anteriormente se ha planteado como problema de investigación a resolver en el presente artículo el siguiente: ¿Se configura la responsabilidad civil por pérdida de oportunidad en el caso de que las Entidades Promotoras de Salud retarden injustificadamente la prestación de servicios médicos a un paciente que padece una enfermedad terminal?

De igual manera, se ha planteado como objetivo general de la investigación identificar si se configura la responsabilidad civil por pérdida de oportunidad de las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Salud en Colombia cuando existe demora injustificada en la prestación efectiva de servicios médicos que configuren el tratamiento integral de pacientes que padecen de una enfermedad terminal.

Lo anterior se realizara a partir del desarrollo de tres objetivos específicos, el primero de ellos es determinar la viabilidad de la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad en el caso de actividad medico sanitaria (Saigi, Gómez & Manso, 2013), el segundo se centra en definir si puede considerarse que existe una concurrencia de causas en la muerte o desmejora de salud de los pacientes que padecen una enfermedad terminal por la demora injustificada en la prestación de servicios de salud, y como tercer objetivo específico se busca analizar la incidencia de la aplicación de esta teoría para la reparación del daño en el comportamiento de las Entidades prestadoras de servicios de salud.

El tema objeto de estudio resulta relevante considerando las deficiencias que se presentan actualmente en el Sistema de Seguridad Social en Salud en Colombia que dificulta el acceso a servicios de salud para los usuarios y vulnera de manera evidente su derecho a la salud y en algunas ocasiones hasta su derecho a la vida (Galán, 2016).

En este contexto, es procedente analizar si en el caso de la demora injustificada en la prestación de servicios médicos a pacientes que padezcan enfermedades terminales empeore su condición de salud podría considerarse que existe responsabilidad civil por

perdida de oportunidad de las Entidades Promotoras de Salud o las Instituciones Prestadoras de Salud.

Para la realización del presente artículo de investigación se utilizó una metodología de tipo doctrinal y jurisprudencial hermenéutica, que mediante el análisis de varios autores e investigadores en temas de responsabilidad civil y teoría de la perdida de oportunidad permite construir una tesis personal sobre el caso presentado, que busca corroborar con el desarrollo del mismo la tesis planteada anteriormente (Agudelo, 2018).

1. Responsabilidad civil en el caso de prestación de servicios médicos

La responsabilidad civil se considera como aquella obligación de reparar un daño causado por un hecho o una omisión que se da entre particulares (Bernal, 2013). Esta materia ha tenido una evolución con el transcurso del tiempo, pese a lo cual no ha perdido su esencia fundamental, que en descansa sobre el criterio de la culpa.

En este sentido, respecto de los inicios de dicho criterio se considera lo siguiente:

La consagración de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil se remonta a la labor de los redactores del Código de Napoleón, plasmada en los trabajos preparatorios de ese cuerpo legal. Dichos trabajos parten de la idea de que todo sujeto es garante de su propio hecho y en caso de que se produzca un daño a otro debe resarcirse aun cuando no se haya causado con intención, sino solo con ligereza, imprudencia o negligencia. Igualmente, allí mismo se considera que la responsabilidad por culpa cumple una función de reproche de la conducta dañosa sin exigir la configuración de un ilícito penal, con lo cual se demarca la autonomía de la responsabilidad civil en relación al derecho penal, sobre todo porque este último se rige por el principio de tipicidad que es contrario a la tradicional cláusula francesa de la responsabilidad por culpa (Woolcott, 2018, p.21).

Así entonces, cabe precisar que para que se configure la responsabilidad civil deben concurrir una serie de elementos, como lo son el daño, el hecho y el nexo causal entre los dos primeros, dicha situación es igual en el caso de la responsabilidad civil por prestación de servicios médicos.

Como lo indica Guzmán (2001) el avance de la ciencia y de los procedimientos médicos en general, han permitido que los jueces aborden temas álgidos y mediante su jurisprudencia abran paso a determinar los criterios bajo los cuales puede imputarse a un agente la producción de un daño.

Ahora bien, en el ámbito de la actividad medico sanitaria, esto es precisamente lo que ha sucedido en Colombia, ya que como lo indican Woolcott, Vivas & Garzón (2017) los jueces deben considerar las características propias del Sistema de Salud en Colombia y su funcionamiento para determinar el ámbito de responsabilidad de cada individuo o institución y las responsabilidades que la ley les ha impuesto a cada uno de ellos.

En cuanto las obligaciones en la prestación de servicios médicos es preciso traer a colación lo que ha expresado la Corte Suprema de Justicia Sala Civil ha expresado lo siguiente:

En este punto cabe aclarar que para el derecho civil los preceptos constitucionales que tutelan bienes jurídicos particulares no son meros moldes arquetípicos o parámetros de interpretación, ni tan sólo principios que contienen mandatos de optimización que deben ser cumplidos en la medida de lo posible. Para el derecho civil, un derecho fundamental es un bien jurídico que goza de protección por el ordenamiento positivo, por lo que posee contenido sustancial y su quebranto apareja la consecuente indemnización de perjuicios en razón del postulado general de no causar daño a la persona o los bienes ajenos (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia Exp. SC13925-2016 de 2016).

En este ámbito, es necesario resaltar que en Colombia se ha considerado que existe la posibilidad de indilgar responsabilidad a las Entidades Promotoras de Salud (en adelante EPS) y las Instituciones Prestadoras de Salud (en adelante IPS) cuando pueda constatar que se ha incurrido en una acción u omisión que ha incidido en la producción del daño, como se observara a continuación.

No obstante, lo anterior resulta oscuro en el momento que se presenta en un paciente que padece de una enfermedad terminal, ya que no se considera la incidencia que puede tener la actuación omisiva de las EPS o IPS respecto del tratamiento de dicho paciente en la pérdida de oportunidades de recuperación del mismo, y en qué porcentaje puede incidir la falta del tratamiento debido en el tiempo de vida del paciente (Caballero, 2012).

1.1 Responsabilidad civil de las Entidades Promotoras de Salud, las Instituciones Prestadoras de Salud y sus agentes:

La responsabilidad civil por la prestación de servicios médicos en Colombia es un tema que se ha extendido a las Entidades Promotoras de Salud, las Instituciones Prestadoras de Salud y sus agentes teniendo en cuenta que existen casos en los que puede considerarse que estas dos pudieron incidir en el hecho que genero el daño.

En este sentido, como lo indica Yepes (2010) es preciso resaltar que a través de la Ley 100 de 1993 y las reformas introducidas a la misma se ha generado una serie de obligaciones para cada uno de estos actores.

Respecto de lo anterior, ha precisado la Corte Constitucional lo siguiente:

Así, en desarrollo de las normas constitucionales citadas, el Congreso expidió la Ley 100 de 1993 *“por medio de la cual se crea el Sistema General de Seguridad Social”*, con el objetivo de otorgar el amparo frente a aquellas contingencias a las que puedan verse expuestas las personas con la posibilidad de afectar su salud y su situación económica. (...) De igual forma, y por interesar a esta causa, la mencionada ley dispone como uno de los objetivos del Sistema General en Salud, crear condiciones de acceso a todos los niveles de atención para toda la población, orientado por los principios de universalidad, calidad y eficiencia, entre otros. Asimismo, la Ley 1751 de 2015 reconoció el carácter fundamental que comporta este derecho, tal como lo venía señalando la jurisprudencia constitucional. Dicha garantía, consiste en una serie de medidas y prestación de servicios, en procura de su materialización, en el más alto nivel de calidad e integralidad posible (Corte Constitucional, Sentencia T-062 de 2017).

Resulta claro entonces que las EPS, estas están obligadas a prestar los servicios de salud a sus afiliados en condiciones de universalidad, continuidad, e integralidad sin interponer barreras de ninguna clase para la concreción de los mismos (Calderón, Botero, Bolaños & Martínez, 2011).

Por lo cual la negación de servicios de salud o la ineficiencia en la prestación de los mismos que produzca un daño en el paciente, deberá ser resarcida. En razón de lo anterior, se ha establecido que el incumplimiento de cualquiera de los deberes a cargo de una EPS que se encuentren establecidos a nivel legal y reglamentario y deriven posteriormente en un daño, genera en esta institución una obligación de resarcir los daños e indemnizar patrimonialmente los perjuicios causados.

Y es que la situación no podría ser diferente, considerando que como lo expresa Andino (2015) la Ley ha establecido la obligación para todas las personas de afiliarse al Sistema General de Seguridad Social en Salud bien sea a través del régimen subsidiado o el régimen contributivo, para poder garantizar la atención en salud de manera universal como un derecho que en la actualidad la jurisprudencia y la ley han definido como autónomo (Velasco & Llano, 2017).

No obstante, en la práctica se presentan diversas falencias que generan que la prestación de servicios de salud a través de las EPS no sea efectiva y ponga en riesgo el derecho a la salud y a la vida de los usuarios, en este sentido el Sistema de Seguridad Social en Salud de Colombia más allá de presentar problemas financieros presenta fallas de tipo estructural, esto ha desencadenado en la *“flagrante violación de los derechos fundamentales de los usuarios; y un acceso a la salud difícil en condiciones dignas”* (Ojeda, 2012, p.1).

De igual manera, y teniendo en cuenta que la concreción de dichos servicios de salud se da a través de las IPS, es plausible también predicar la existencia de responsabilidad civil por parte de estas instituciones, como bien lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia:

La función que la ley asigna a las IPS las convierte en guardianas de la atención que prestan a sus clientes, por lo que habrán de responder de manera solidaria si se demuestran en el proceso los demás elementos de la responsabilidad a su cargo, toda vez que las normas del sistema de seguridad social les imponen ese deber de prestación del servicio. El juicio de imputación del hecho como obra de las instituciones prestadoras del servicio de salud quedará desvirtuado si se prueba que el daño no se produjo por el quebrantamiento de los deberes legales de actuación de la IPS, sino a otra razón, como por ejemplo a una deficiencia organizativa, administrativa o presupuestal de la EPS; a la conducta de uno o varios agentes

particulares por fuera del marco funcional de la IPS; o, en fin, a la intervención jurídicamente relevante de un tercero, de la propia víctima o a un caso fortuito (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia Exp. SC13925-2016 de 2016).

Lo anterior, permite inferir la posibilidad de imputar la realización de un daño a una EPS o una IPS en el caso de que por el incumplimiento de algún tipo de obligación a su cargo se produzca un daño a un paciente, ahora bien, es necesario establecer si hay lugar a la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad en este ámbito.

2. Teoría de la pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad civil.

La teoría de la pérdida de oportunidad en materia de responsabilidad surge de la necesidad de determinar el grado de incidencia en la producción de un daño, cuando han concurrido varias causas que derivaron en dicho resultado. Respecto de esta creación doctrinal, Yerga (2005) ha expresado lo siguiente:

La doctrina de la pérdida de oportunidad es un instrumento de facilitación probatoria de creación jurisprudencial cuya consolidación en el derecho de daños y, en particular, en la responsabilidad civil médico-sanitaria es, en buena medida, mérito del Profesor Joseph H. King, quien en un trabajo pionero apuntó la necesidad de estudiar la causalidad en conexión con el proceso de identificación y determinación del valor del interés destruido (p.3).

Esta teoría comienza a utilizarse en Francia donde se le denomina “*perte d’une chance*” y también en Estados Unidos y Canadá donde se conoció con el nombre de “*loss of a chance of recovery*”, y su aplicación se extendió a varios casos que no se circunscriben a la actividad médica únicamente (Asensi & Luna, 2013).

Ahora bien, en el ámbito de la responsabilidad por la actividad médico sanitaria esta teoría busca determinar si el hecho u omisión de un médico o una institución que preste servicios de salud le resta a un paciente oportunidad de recuperarse de la patología que presentaba, para lograr que el causante repare en la proporción probada al paciente o terceros en el caso de que este fallezca.

Como se expresa a continuación:

Si bien no se tiene la certidumbre de que la actuación u omisión del victimario haya dado lugar a que el afectado hubiese obtenido la ventaja o evitado la pérdida, si es claro que por su actividad se impide conocer de manera definitiva si la víctima habría alcanzado el resultado anhelado; situación que en caso de generar algún perjuicio, este podría establecerse teniendo en cuenta el grado de probabilidad causal que haya alcanzado su actuación respecto al resultado final (Yong & Rodríguez, 2011, p.25).

En este contexto, es preciso resaltar que existen una serie de posturas en torno a la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad. Por una parte un sector de la doctrina considera que no es viable reparar o indemnizar la oportunidad perdida teniendo en cuenta la dificultad en materia probatoria para determinar el porcentaje de incidencia en un resultado y la subjetividad que puede presentar el mismo (Gutiérrez & Gómez, 2017).

Por otra parte, como lo expresa Sardinero Et. Al (2017) existen unas posturas que alientan la aplicación de esta teoría aduciendo la importancia que tiene reparar la acusación de un daño así esta no sea la única causa del resultado final, exonerar la reparación de la oportunidad perdida termina imponiendo una carga a la víctima que no está en el deber de soportar.

Lo expuesto anteriormente ha sido entendido por los tribunales en Colombia y ha tenido su propio desarrollo como podrá observarse a continuación, donde se procede a analizar la evolución jurisprudencial de esta teoría realizada por la Corte Suprema de Justicia.

2.1 La teoría de la pérdida de oportunidad desde la jurisprudencia colombiana:

En el ámbito de la responsabilidad civil en Colombia la teoría de la pérdida de oportunidad se ha aplicado en el ordenamiento jurídico colombiano en la jurisdicción contenciosa administrativa y en la jurisdicción ordinaria (Guzmán & Franco, 2004).

En esta medida han explicado el Consejo de Estado respecto a la teoría de la pérdida de oportunidad lo siguiente:

El daño por pérdida de oportunidad constituye el cercenamiento de una ocasión aleatoria que tenía una persona de obtener un beneficio o de evitar un deterioro. En el caso de la posibilidad benéfica, si bien no es posible vislumbrarla con toda certeza y sin margen de duda

que se hubiese materializado en la situación favorable esperada, no se puede desconocer que existía una probabilidad considerable de haberse configurado la misma. También, la sección tercera precisó que esta pérdida de oportunidad es un daño autónomo, el cual demuestra que no siempre comporta la vulneración de un derecho subjetivo, toda vez que la esperanza de obtener un beneficio o de evitar una pérdida mayor forma un bien jurídicamente protegido, cuya afección debe limitarse a la oportunidad en sí misma, con exclusión del resultado final incierto, esto es, al beneficio que se esperaba o a la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen otros tipos de daño (Consejo de Estado, Sentencia Exp. 38267 de 2016).

En esta medida se ha considerado que es plausible que de comprobarse que existe una concurrencia de causas en el acaecimiento de un daño, es posible que se determine en que porcentaje incidió la conducta de la persona natural o jurídica a quien se le está imputando la responsabilidad civil (Gil Botero, 2017).

El Consejo de Estado afirma que la teoría de la pérdida de oportunidad se ha definido desde la doctrina francesa que expresa que esta hace referencia a un perjuicio acreditado por el hecho de la desaparición de un chance; o la pérdida de una ganancia o un beneficio. Esta se basa en “La pérdida de la oportunidad que se pierde es la consecuencia del hecho de un tercero que ha cercenado un interés representado en una expectativa legítima de poder alcanzar un beneficio, de obtener una ganancia o evitar una pérdida” (Consejo de Estado, Subsección B, Sentencia 25706 de 2017).

En este mismo orden, ha expresado la Corte Suprema de Justicia en el análisis del caso de un menor de edad que no tuvo un tratamiento oportuno:

la «pérdida de oportunidad» es un concepto desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia, en este caso se concluye que la «atención médica otorgada al paciente no estuvo acorde con las necesidades que el caos imponía» omisión de la cual dedujo la culpa materializada en la «pérdida de la chance», esto es, no ordenó que el niño quedara en «observación mientras obtenían los resultados de los exámenes prescritos», situación que redujo las «posibilidades de superar el padecimiento que afectó» al infante (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC10261-2014).

Como puede observarse, en Colombia se ha acogido la aplicación de la teoría de la pérdida

de oportunidad, cuando se presenta dificultad para definir el nexo causal o se tienen dudas acerca de la incidencia de las causas en el resultado final, para establecer el porcentaje de la pérdida de oportunidad se debe contar con un amplio material probatorio.

En el año 2017 el Magistrado Ramiro Pazos retoma el concepto de la pérdida de oportunidad y hace un análisis amplio del tema, llegando a una conclusión importante respecto de su aplicación:

La figura sólo tiene aplicación en aquellas situaciones en que existe duda o incertidumbre en el nexo causal, de tal forma que el grado de probabilidad oscile en un margen entre el 1% y el 99% de que un daño sea el producto de una causa específica (v.gr. la falta de existencia de bolsas de sangre que permitieran realizar una transfusión de emergencia). Si el juez no tiene inquietudes frente al nexo causal que sirve de soporte a la imputación fáctica y jurídica del resultado, no existe razón o justificación para hablar de pérdida de oportunidad, por cuanto como tal no se presentó tal circunstancia, sino que, lo que acaeció es una de dos hipótesis: i) que materialmente no se puede atribuir el resultado en un 100%, en cuyo caso habrá que absolver al demandado o, ii) que material y jurídicamente se atribuya el resultado al demandado de manera plena, en cuyo caso la imputación no estará basada en la probabilidad sino en la certeza, por ende, el daño será en un 100% endilgable a la conducta estatal. De otra parte, la oportunidad perdida debe revestir tal magnitud que ofrezca verdaderos motivos acerca de la posibilidad de recuperación o supervivencia de la persona; en otros términos, la pérdida de la oportunidad no puede servir en todos los casos (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia Exp. 25706 de 2017).

Ahora bien, revisado lo anterior se procederá a analizar los parámetros de atención que se han dispuesto en el sistema de seguridad social en salud para la atención integral de los pacientes que padecen de enfermedades terminales.

3. Atención en salud a pacientes que padecen enfermedades terminales.

La enfermedad terminal se ha definido como aquella que “no tiene tratamiento específico curativo o con capacidad para retrasar la evolución, y que por ello conlleva a la muerte en un tiempo variable; es progresiva; provoca síntomas intensos, multifactoriales, cambiantes y cambiantes” (Buigues, Torres, Mas, Femenia & Baydal, 2005, p.3).

Teniendo en cuenta lo anterior es preciso indicar que en el ámbito médico los servicios de salud que se prestan a un paciente pueden ser de medicina preventiva, curativa o paliativa, que es la que se presta a pacientes con enfermedades terminales, crónicas o irreversibles. Respecto de la atención en salud para los pacientes que padezcan una enfermedad terminal en Colombia, esta debe darse bajo los principios establecidos en la Ley 100 de 1993, velando en todo momento por la garantía de los derechos fundamentales.

Para la atención de este tipo de pacientes el Ministerio de Salud (2016) expidió la Guía de Práctica Clínica para la atención de pacientes en Cuidado Paliativo, la cual tiene como objetivo “Proponer recomendaciones basadas en la evidencia para la atención de pacientes en cuidados paliativos” (p.28). En dicha guía se exponen una serie de elementos importantes para la atención de los padecimientos asociados a una enfermedad terminal, de manera que se generen condiciones de vida dignas para el paciente.

De igual manera la jurisprudencia ha expresado respecto de la prestación de servicios de salud a enfermos terminales lo siguiente:

En efecto, si una persona padece una enfermedad incurable que afecta de manera grave su vida y las condiciones en que se desarrolla, la protección que se le debe brindar no es sólo de resultado, sino que incluye la facultad de agotar todas las posibilidades enderezadas a conservar su existencia vital. El paciente en esas circunstancias no está destinado a ser abandonado a la fatalidad sino que tiene derecho a que se le garanticen unas mínimas condiciones para aliviar sus dolencias y abrigarle esperanzas de recuperación y de prolongación de la vida amenazada, si ese es su deseo (Corte Constitucional, Sentencia T-560 de 2003).

En este sentido, las EPS y las IPS deben prestar los servicios de salud que requieran los pacientes que padecen de enfermedades terminales, para de este modo prolongar su vida, y atenuar los padecimientos que presente. Es claro entonces que cualquier tipo de demora en la prestación de un servicio o entrega de un insumo o medicamento representa un incumplimiento por parte de la EPS a la cual se encuentre afiliado el paciente, y en esa medida debe determinarse si dicha demora le resta al paciente calidad y tiempo de vida (Rincón, 2009).

Lo anterior, teniendo en cuenta que como ha indicado la Corte Suprema de Justicia (2011) en el evento en el cual se evidencia un actuar negligente por parte de la EPS o IPS que cause algún tipo de daño en un paciente, estas deben entrar a repararlo.

Igualmente, la prestación de los servicios de salud garantizados por las entidades sociales del Estado, no excluye la responsabilidad legal que les corresponde cuando los prestan a través de las instituciones prestadoras de salud (IPS) o de profesionales mediante contratos reguladores sólo de su relación jurídica con aquéllas y éstos. Por lo tanto, a no dudarlo, la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuna, lesiva de la calidad exigible y de la *lex artis*, compromete la responsabilidad civil de las Entidades Prestadoras de Salud y prestándolos mediante contratación con Instituciones Prestadoras de Salud u otros profesionales, son todas solidariamente responsables por los daños causados, especialmente, en caso de muerte o lesiones a la salud de las personas (Corte Suprema de Justicia, Sentencia Exp. 00533 de 2011).

En el contexto anterior, y teniendo en cuenta los argumentos de la teoría de la pérdida de oportunidad, resulta plausible que en el caso de que las EPS o IPS por acción u omisión causen un daño que le reste al paciente terminal oportunidad de prolongar su vida, deben indemnizar dicha oportunidad perdida, para lo cual se hace necesario que exista un material probatorio contundente teniendo en cuenta las condiciones de salud del paciente.

Conclusiones

El artículo de reflexión desarrollado ha permitido llegar a las conclusiones que se plantearan a continuación:

En armonía con lo planteado en los objetivos específicos se logra determinar en primer lugar que la teoría de la pérdida de oportunidad puede ser aplicada en el caso del incumplimiento de las obligaciones que tienen las entidades promotoras de salud y las instituciones prestadoras de servicios de salud en relación a la prestación de servicios médicos de manera continua e ininterrumpida. Es así como desde la Corte Suprema de Justicia se ha indicado que es posible indilgar a este tipo de entidades la responsabilidad civil contractual que se deriva del incumplimiento en la prestación de servicios médicos para el paciente.

En segundo lugar, debe indicarse que es posible para probar la existencia de la responsabilidad civil acudir a la teoría de la pérdida de oportunidad, que en materia probatoria en este ámbito puede ser establecida a través de un dictamen pericial. Si bien lo anterior es una tarea difícil, se puede lograr establecerse que la falta de los servicios médicos o medicamentos empeoraron la condición de salud del paciente terminal y le restaron tiempo de vida y en qué porcentaje estas actuaciones influyeron en el resultado del deceso del paciente pese a su condición.

En tercer lugar, es necesario hacer énfasis en que la posibilidad de endilgarle responsabilidad a estas entidades no es una solución en materia de prevención de este tipo de conductas, ya que se orienta a la reparación de los daños causados, por lo tanto no resulta una herramienta eficaz para modificar las conductas omisivas en cuanto a la prestación de servicios de salud que se presenta de manera frecuente por parte de estas entidades, deben diseñarse otros mecanismos que permitan prevenir estas conductas y así garantizar el derecho a la salud y a la vida de los colombianos.

La aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad en estos casos, es un mecanismo que puede llegar a determinar como la conducta negligente de las EPS e IPS incide de manera negativa en las condiciones de vida de un paciente que presenta una enfermedad terminal, y termina siendo determinante en su deceso por la falta de oportunidad y continuidad en su tratamiento. Así entonces, termina causando un daño que se deriva de la omisión de sus deberes contractuales con el paciente y por los cuales es viable que la misma entre a responder.

Referencias

Agudelo-Giraldo, Ó. A. (2018). Los calificativos del derecho en las formas de investigación jurídica. En Ó. A. Agudelo-Giraldo, J. E. León Molina, M. A. Prieto Salas, A. Alarcón-Peña & J. C. Jiménez-Triana. La pregunta por el método: derecho y metodología de la investigación (pp. 17-44). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

- Andino, C. (2015). Bioética y humanización de los servicios asistenciales en la salud. *Revista Colombiana De Bioética*, 10(1), 38. Recuperado de http://www.bioeticaunbosque.edu.co/publicaciones/Revista/Rev101/art3_carlosandino.pdf
- Asensi, E., & Luna, I. C. (2014). La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica. *Revista CESCO de Derecho de consumo*, (8), 228-239. Recuperado de <https://ruiderae.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/416>
- Bernal, M. (2013). La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada de la inobservancia de los deberes colaterales de conducta. *Vniversitas*, 39(64). Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n126/n126a03.pdf>
- Buigues, F., Torres, J., Mas, G., Femenia, M., & Baydal, R. (2005). *Paciente Terminal*. Bogotá: Hospital Universitario Marina Alta. Recuperado de <http://publicaciones.san.gva.es/docs/dac/guiasap027terminal.pdf>
- Caballero, C. V. (2012). Las crisis del Sector Salud. *Revista Científica Salud Uninorte*, 28(2). Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0120-55522012000200001&script=sci_arttext&tlng=pt
- Calderón, C., Botero, J., Bolaños, J., & Martínez, R. (2011). Sistema de salud en Colombia: 20 años de logros y problemas. *Ciência & Saúde Coletiva*, 16(6), 2817-2828. Recuperado de https://www.scielosp.org/article/ssm/content/raw/?resource_ssm_path=/media/assets/cs/v16n6/20.pdf
- Galán, A. (2016). Los derechos humanos fundamentados mediante la legitimación y la moral jurídica. *Novum Jus: Revista Especializada En Sociología Jurídica Y Política*, 10(1), 31-48. Recuperado de http://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas_ucatolica/index.php/Juridica/articloe/view/1175/1162

- Gil Botero, E. (2017). Responsabilidad extracontractual del Estado (7th ed.). Bogotá: Temis.
- Gómez, R. M. (2015). Los daños morales en la responsabilidad patrimonial sanitaria: análisis jurídico y práctico de las cuestiones más problemáticas. *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, (2), 7-34. Recuperado de http://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/pdf/20150616/danos_morales_en_la_responsabilidad_patrimonial_sanitaria_roberto_mayor.pdf
- Gutiérrez, V., & Gómez, S. (2017). “Pérdida de Oportunidad” en la responsabilidad médica Estatal, entre el vaivén de la certeza y la incertidumbre. “Loss of Chance” on the state medical liability within the fluctuations of uncertainty and certitude. *Revista Pluriverso*, 9(2). Recuperado de <http://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/Pluriverso/article/view/467>.
- Guzmán, F. (2001). Criterios para definir la responsabilidad civil del acto médico en Colombia. *Revista CONAMED*, 10(21). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4054381.pdf>
- Guzmán, F., & Franco, E. (2004). *Derecho médico colombiano: elementos básicos*. (1st ed.). Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.
- Ibañez, E. (2009). *La pérdida de oportunidad está concebida como la frustración de una ganancia o expectativa de ganar u obtener algún beneficio o ventaja* (Tesis de pregrado). Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de ciencias jurídicas. Derecho. Bogotá: Colombia. Recuperado de <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/16878/IbanezMosqueraElviradelPilar2009.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Ministerio de Salud. (2016). *Guía de Práctica Clínica para la atención de pacientes en Cuidado Paliativo* (adopción. Bogotá: Imprenta Nacional. Recuperado de http://gpc.minsalud.gov.co/gpc_sites/Repositorio/Otros_conv/GPC_paliativo/Version_cortapaliativo2016_04_20.pdf

- Ojeda, D. (2012). Plata hay, la falla del Sistema de Salud en Colombia es estructural. Bogotá: Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas. Recuperado de http://www.achc.org.co/documentos/hospitalaria/La_entrevista_82.pdf
- Rincón, Z. (2009). El derecho a la salud en sede de tutela: balance y perspectivas de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Universidad Católica de Colombia. (1ª ed., pp.). Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Católica de Colombia.
- Saigí, U., Gómez, E. L., & Arimany, J. (2013). Cuantificación de la pérdida de oportunidad en responsabilidad profesional médica. *Revista Española de Medicina Legal*, 39(4), 157-161. Recuperado de <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0377473213000849>
- Sardinero, C., Sáez, A., Bravo, M., Perea, B., Albarrán, M., Labajo, E., & León, J. (2017). Responsabilidad por pérdida de oportunidad asistencial en patologías neurológicas en la medicina pública española. *Gaceta Sanitaria*, 31(1), 30-34. Recuperado de https://www.scielo.org/article/ssm/content/raw/?resource_ssm_path=/media/assets/gsv30n6/0213-9111-gs-30-06-00421.pdf
- Tribunal Supremo de España. Sala 1. (1998) Sentencia expediente (RJ 1998/8371) de octubre 10 de 1998.
- Velasco, N., & Llano, J. (2017). Derechos fundamentales: un debate desde la argumentación jurídica, el garantismo y el comunitarismo. *Novum Jus: Revista Especializada En Sociología Jurídica Y Política*, 10(2), 35-55. Recuperado de https://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas_ucatolica/index.php/Juridica/article/view/1317
- Woolcott, O., Vivas, T., & Garzón, T. (2017). El problema de las transfusiones de sangre y la transmisión de VIH. Realidad y respuestas del derecho para la protección del paciente (1st ed.). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Woolcott, O. (2018). Los criterios de imputación de la responsabilidad civil a través de una panorámica de las tendencias europeas, con énfasis en la línea de armonización del

derecho europeo de daños. In O. Woolcott, D. Monje, G. Comandé, R. Peláez, & A. Alarcón (Eds.), Estudios contemporáneos de derecho privado. Responsabilidad civil, propiedad, contratos y obligaciones (1ª ed., pp. 17–49). Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Católica de Colombia.

Yepes, F. J. (2010). Luces y sombras de la reforma de la salud en Colombia: Ley 100 de 1993. (1ª ed.). Editorial IDRC.

Yerga, A. L. (2005). Oportunidades perdidas: La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (2), 1. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1160028>

Yong, S., & Rodríguez, C. (2011). Perdida de oportunidad. *Vía Inveniendi Et Iudicandi*, 6(2), 57-78. Recuperado de <http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/2913>

Jurisprudencia

Consejo de Estado. Subsección B. (2017). Sentencia 25706 de abril 5 de 2017. C.P Ramiro Pazos Guerrero.

Consejo de Estado. Subsección B. (2016). Sentencia 38267 de agosto 20 de 2016. C.P Danilo Rojas Betancourth.

Corte Constitucional colombiana. (2017). Sentencia T-062 de febrero 3. M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Suprema de Justicia. Sala De Casación Civil. (2014). Sentencia radicado SC-10261-2014 de agosto 4. M.P Margarita Cabello Blanco.

Corte Suprema de Justicia. Sala De Casación Civil. (2016). Sentencia radicado SC13925-2016 de agosto 24. M.P Ariel Salazar Ramírez.