

# LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD GENERADA POR LA FALLA EN LA ATENCIÓN EN SALUD DEBIDO A TRÁMITES ADMINISTRATIVOS

Por: LUISA FERNANDA OSORIO URIBE<sup>1</sup>

EDUAR SAMUEL POSADA GIRALDO<sup>2</sup>

LUISA FERNANDA VILLEGAS GRISALES<sup>3</sup>

## RESUMEN

En el presente artículo se abordará el tema de la responsabilidad del Estado colombiano frente a la pérdida de oportunidad generada por los trámites administrativos, a partir de un estudio de los indicadores de oportunidad establecidos en la norma y la jurisprudencia del Consejo de Estado.

## Palabras clave

Pérdida de oportunidad, víctima, daño, servicio de salud.

## ABSTRACT

In this article we will address the responsibility of the Colombian State regarding the loss of opportunity generated by the administrative procedures, based on a study of the opportunity indicators established in the norm and the jurisprudence of the State Council.

---

<sup>1</sup> Estudiante de la Especialización de Derecho de daños y responsabilidad pública y privada de la Universidad Libre, Seccional Pereira. Contacto: posada.juridico@gmail.com

<sup>2</sup> Estudiante de la Especialización de Derecho de daños y responsabilidad pública y privada de la Universidad Libre, Seccional Pereira. Contacto: abogadaluisavillegas@gmail.com

<sup>3</sup> Estudiante de la Especialización de Derecho de daños y responsabilidad pública y privada de la Universidad Libre, Seccional Pereira. Contacto: juridicaluisaosorio@gmail.com

## **Keywords**

Loss of opportunity, victim, damage, health service.

## **INTRODUCCIÓN**

El sistema de seguridad social en salud en Colombia se encuentra regido por la Ley 100 de 1993, junto con sus decretos reglamentarios, y su integración se compone de organismos de control, administración y financiación, Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud y los demás participantes de este. Principalmente, son las Entidades Prestadoras de Salud (EPS) y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) las encargadas de prestar los servicios de salud a los colombianos.

La Ley 100 de 1993 establece los principios que deben regir el sistema de salud, sin embargo, a pesar de estar estipulado en la norma y con los diferentes pronunciamientos de las altas cortes en esta materia, el servicio de salud no cumple en su totalidad con los criterios de calidad, eficiencia y oportunidad, lo que genera una vulneración a los derechos de los usuarios, pues son quienes principalmente sufren afectaciones en su vida y/o salud.

Así mismo, el derecho a la salud está consagrado en el artículo 49 de la Constitución de 1991, dentro del cual se establece que es un servicio público a cargo del Estado, donde todas las personas tienen acceso a este con base en los servicios de promoción, protección y recuperación de su estado de salud. Posteriormente, el derecho a la salud pasa a ser un derecho fundamental autónomo con la expedición de la Ley Estatutaria de Salud 1751 de 2015, en la que se establece que este derecho es autónomo e irrenunciable, de manera individual y colectiva, donde el acceso al servicio de salud debe ser de manera oportuna, eficaz y con calidad, y el Estado es el encargado de

vigilar que este servicio público esencial obligatorio sea prestado bajo los lineamientos normativos.

También es importante tener presente que la responsabilidad del Estado colombiano se encuentra regulado en el artículo 90 de la Constitución de Colombia de 1991, donde reza que el Estado responde patrimonialmente por el daño antijurídico que ocasione por la acción u omisión de las autoridades públicas, por tanto, toda falla en el servicio que sea imputada a este debe ser resarcida con el fin de reparar y mitigar el daño causado.

A la hora de abordar el presente tema se encontró que los estudios realizados y las demandas judiciales sobre la pérdida de oportunidad en materia de salud, en su mayoría, se enfocan en la generada por las IPS, y pocos atienden el inicio del problema, el cual pudo haber sido generado por los trámites administrativos de las EPS, entidades encargadas de asignar citas, autorizar procedimientos, medicamentos o la remisión donde un especialista.

Es por lo anterior que en el presente artículo se hablará sobre la pérdida de oportunidad en la atención en salud debido a trámites administrativos, pues se observa que, debido a retardos en el proceso de autorizaciones y procedimientos administrativos, no se puede acceder a un sistema de salud de calidad y los usuarios se ven obligados a aceptar las directrices de la entidad a la cual se encuentran afiliados, viéndose afectada la salud y la vida digna de quienes realmente necesitan una atención eficaz y oportuna.

## **1. TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD**

El derecho de daños es un término usado para hacer referencia a la responsabilidad civil, la cual se genera por diversas causas, ya sea por un accidente de tránsito, una falla médica, una falla del servicio del Estado, o por cualquier acción que afecte los bienes jurídicos tutelados de una persona,

perjuicios ocasionados que se tratan a través de un conjunto de instituciones jurídicas, con una finalidad que es la reparación a la víctima.

En materia de responsabilidad, cuando una persona causa un perjuicio a otra con sus actos, surge una obligación de reparar a la víctima, quien soportó un daño que no tenía por qué sufrir (POSADA O., V., 2011).

Su objetivo es proteger los bienes jurídicos tutelados de la sociedad con el fin de que estos no sean afectados de ninguna manera. A su vez, obedece a los principios generales del derecho, los cuales establecen que todo perjuicio causado debe ser indemnizado, pero para que se declare la responsabilidad se deben demostrar la tipicidad, culpabilidad y antijuridicidad de la conducta.

Uno de los elementos fundamentales dentro de un proceso de responsabilidad civil es probar el nexo de causalidad, toda vez que su función principal es relacionar la acción y omisión dañosa con el resultado que perjudica un bien jurídico tutelado de la víctima o paciente, ya que sin él no se podría imputar ningún tipo de responsabilidad al demandado, y la víctima perdería su derecho a ser reparada (GONZÁLEZ, 2015, p. 262).

Adicional, es importante conocer y determinar el monto indemnizatorio que debe recibir la víctima, ya que a los bienes jurídicos tutelados se les pone un precio que en ocasiones resulta ser irrisorio para los familiares o las víctimas directas, por lo cual se usan diferentes medios para calcular el valor de los daños materiales y morales, a partir del estudio razonable y calculador de saber cuánto le cuesta al victimario generar el daño.

La pérdida de oportunidad tiene origen en la jurisprudencia francesa e inglesa. Debido a la concurrencia de casos de negligencia médica se empezaron a analizar casos donde la carga probatoria, en cabeza del accionante, no era suficiente para declarar la responsabilidad del galeno, por lo cual los jueces se orientaron a que la víctima no tiene por qué soportar totalmente un daño para

el cual no estaba preparado, ni debía de estarlo, solo lo hace en el porcentaje para el cual estaba pronosticado, por lo que debe ser indemnizada a pesar de que no se logre demostrar el nexo de causalidad (PALLARES, 2013, p. 229).

A raíz de las principales posturas jurisprudenciales se siguió aplicando esta corriente, para aquellos casos donde existe un daño y una víctima, a quien se le dificulta demostrar el nexo de causalidad. Es importante que ese daño sea consecuencia de la acción u omisión de un tercero, generando como resultado que la víctima no obtenga un beneficio favorable en su patrimonio, o que este lo hubiera tenido con alta probabilidad en caso de no haber ocurrido el siniestro que afectó el devenir normal de la vida de la víctima (LANZAROT, 2011, p. 37), donde la indemnización está sujeta a un porcentaje estadístico de la oportunidad perdida, y la recuperación o vida que se terminó a raíz de un hecho negligente.

En Colombia el CONSEJO DE ESTADO (2016) considera la pérdida de oportunidad como un daño autónomo o técnica de facilitación probatorio de la víctima, en los casos en que no sea posible determinar con certeza el nexo de causalidad entre el perjuicio sufrido y la acción generadora del daño, siempre y cuando exista una probabilidad de que, en caso de no haberse presentado una situación determinada, no se hubiere producido el evento adverso.

Así, dentro del proceso impide liberar a una de las partes de la carga probatoria, y permite que el demandado responda proporcionalmente al daño y no en su totalidad. Da un tratamiento equitativo, ya que no deja a la víctima sin reparación y no le imputa la total responsabilidad al demandado. Se podría decir, entonces, que es utilizada como un medio subsidiario, el cual se usa cuando no es posible determinar a ciencia cierta que la conducta señalada causó el daño alegado (PALLARES, 2013).

Esta corriente se presenta con mayor frecuencia en los casos de responsabilidad médica, debido a un diagnóstico errado o tardío, un tratamiento mal efectuado, falta de información, carencia de consentimiento informado, donde se estudia la valoración del perjuicio y cómo pudo ser evitado. Sin embargo, a lo largo de su desarrollo jurídico se ha empezado a aplicar en otras áreas del derecho (PALLARÉS, 2013).

### **1.1. PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD COMO DAÑO AUTÓNOMO**

Para que la pérdida de oportunidad sea vista como daño autónomo, la jurisprudencia del CONSEJO DE ESTADO (2017) ha desarrollado una serie de requisitos y parámetros que se deben cumplir con el fin de determinar cuándo puede la pérdida de oportunidad adquirir la categoría de daño autónomo y cuándo no. Estos son:

- a) Tener seguridad de la oportunidad perdida; esto hace referencia a que no haya duda alguna de lo que se alega, sino que esta debe estar configurada 100%.
- b) Imposibilidad que la víctima reciba un resultado favorable o de impedir el menoscabo del derecho, refiérase esto a que la víctima, gracias al evento adverso sufrido, pierde la oportunidad de alcanzar un resultado favorable que esperaba recibir y para el cual era idónea.
- c) La víctima debe estar en condiciones indiscutibles de poder alcanzar y recibir el beneficio pretendido, entiéndase esto en razón al ejemplo del ciclista, en el que un ciclista profesional, quien es el favorito para ganar la vuelta a Colombia, pierde una pierna, lo cual le impide ganar la válida ciclística. Caso diferente opera en el caso del ciclista aficionado, quien competía en la válida ciclística de su empresa, y al perder una pierna no puede participar de dicha carrera.

Es importante mencionar que, posteriormente, en una sentencia del CONSEJO DE ESTADO (2017), estos elementos fueron reconsiderados nuevamente y se determinó que el elemento del literal c) no es tanto un elemento perteneciente a la pérdida de oportunidad como tal, sino que se ve como un criterio a la hora de imputar responsabilidad al demandado.

## **2. OPORTUNIDAD EN LA ATENCIÓN EN SALUD**

La base del sistema general de seguridad social en salud se encuentra en la Constitución de Colombia de 1991, donde en el Preámbulo se establece que uno de los fines del Estado es velar por el bienestar de todos sus habitantes; así mismo, en los artículos 44 y 49 se consagra de manera expresa que la salud es un servicio público a cargo del Estado, el cual debe ser prestado de acuerdo a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Es importante tener en cuenta que el derecho a la salud en Colombia tiene una doble connotación: es un derecho fundamental y prestacional. Como derecho prestacional está regulado en la Ley 100 de 1993, *“Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”*, y como derecho fundamental se encuentra reglamentado en la Ley Estatutaria en Salud 1751 de 2015.

Con base en lo anterior, y con el fin de estudiar de manera concreta los tiempos administrativos en la prestación del servicio de salud, en el presente capítulo se realizará un recuento normativo sobre los indicadores de oportunidad establecidos en la atención en salud.

Para iniciar, el Decreto 1011 (PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, 2006), *“Por el cual se establece el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud”*, define el sistema

como el conjunto de instituciones, normas, requisitos, mecanismos y procesos deliberados y sistemáticos que desarrolla el sector salud para generar, mantener y mejorar la calidad de los servicios de salud en el país, el cual presenta las siguientes características: accesibilidad, oportunidad, seguridad, pertinencia y continuidad.

En cuanto a la atención en salud, el artículo 2° del mencionado Decreto la define como el conjunto de servicios que se prestan al usuario en el marco de los procesos propios del aseguramiento, actividades, procedimientos e intervenciones asistenciales en las fases de promoción y prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se prestan a toda la población.

Así mismo, la calidad en salud es entendida como la provisión de servicios de salud a los usuarios individuales y colectivos, de manera accesible y equitativa, a través de un nivel profesional óptimo, teniendo en cuenta el balance entre beneficios, riesgos y costos, con el propósito de lograr la adhesión y satisfacción de dichos usuarios.

Posteriormente se expide la Resolución 1446 (MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, 2006), con la cual se establecen las condiciones y procedimientos para acceder a la información y hacer seguimiento a la gestión de la calidad en atención en salud que se presta a la población, y así poder brindar información a los usuarios sobre la calidad de los servicios, con el fin de que estos escojan libremente la entidad a la cual desean afiliarse. Adicional, trae unos indicadores de calidad para monitorear el sistema, los cuales debían ser reportados ante la Superintendencia de Salud.

Las dos normas mencionadas hasta ahora impartían instrumentos y procedimientos a los cuales los operadores del servicios de salud debían ceñirse, sin embargo, no determinaban de manera específica los tiempos de atención en salud a los que debían someterse los usuarios dentro del proceso

de tratamiento y rehabilitación de sus patologías, fue por ello que la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD (2006) expidió la Circular Externa 056, con fundamento en el numeral 6 del artículo 178, y el artículo 180 de la Ley 100 de 1993, donde exigía a las EAPB (Empresas Administradoras de Planes de Beneficios) reportar trimestralmente a la Superintendencia de Salud, cada tres meses, los indicadores de alerta temprana por prestador y municipio, de acuerdo a una tabla que establecía el tiempo máximo de espera aceptable al cual debía someterse el paciente por cada procedimiento en particular, pero esta circular fue derogada por la Circular Externa 057 (SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, 2009).

El Decreto Ley 019 (PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, 2012) (Ley Antitrámites), en el Capítulo VII (arts. 110 a 136), hace referencia a la simplificación de los trámites administrativos como autorizaciones o reconocimiento de incapacidades, y determina que para la asignación de citas con un médico general el tiempo de espera no puede exceder los tres (3) días; para la asignación de citas con un médico especialista establece que los términos deben ser estipulados por el Ministerio de Salud de manera gradual, de acuerdo a la disponibilidad de oferta por especialidades en cada región del país, el perfil epidemiológico y demás factores determinantes, y el término de autorizaciones de servicios de salud no puede exceder los cinco (5) días hábiles, contados a partir de la solicitud

Posteriormente, se expide la Resolución 1552 (MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, 2013), que reglamente parcialmente los artículos 123 y 124 del Decreto Ley 019 (PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, 2012), estableciendo que, para la asignación de citas por medicina especializada, cuando requiera autorización, la EPS no debe exceder de los cinco (5) días hábiles para emitir respuesta al usuario, dando prioridad a madres gestantes y pacientes con diagnóstico de cáncer confirmado, para lo cual se deberá programar la cita médica en el tiempo que indique el médico remitente. En cuanto a las citas de

medicina general y odontológica, no puede exceder el término de tres (3) días hábiles, salvo que el paciente solicite de manera expresa un término diferente. Adicionalmente, estos indicadores deben ser reportados ante la Superintendencia de Salud de manera mensual, y poner a disposición de los usuarios, de manera libre y sin ninguna restricción, dichos reportes en su página web principal.

En el año 2016 se expide la Resolución 0256 (MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL), la cual deroga la Resolución 1446 (MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, 2006) y le quita a la Superintendencia de Salud la vigilancia de los indicadores de calidad reportados por las EAPB, y otorga esta función al Ministerio de Salud, adicionando que el reporte no se debe realizar cada tres meses sino cada seis, es decir, pasa de ser trimestral a semestral.

En cuanto a los indicadores para el monitoreo de la calidad en salud para las EAPB, establece los siguientes criterios: efectividad, gestión del riesgo y experiencia en la atención. Este último es el encargado de medir el tiempo de oportunidad en la atención de servicios de salud, y lo hace a través de los siguientes indicadores: Tiempo promedio de espera para la asignación de cita de Medicina General, Tiempo promedio de espera para la asignación de cita de Odontología, Tiempo promedio de espera para para la autorización de Resonancia Magnética Nuclear, Tiempo promedio de espera para la autorización de Cirugía de Cataratas, Tiempo promedio de espera para la autorización de Cirugía de Reemplazo de Cadera, Tiempo promedio de espera para la autorización de Cirugía de Revascularización Miocárdica (MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, 2016).

### **3. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD GENERADA POR TRÁMITES ADMINISTRATIVOS**

En el presente capítulo se hace mención de algunos pronunciamientos del CONSEJO DE ESTADO (2017), donde el Estado colombiano ha sido condenado por responsabilidad patrimonial por la pérdida de oportunidad generada por fallas médicas en relación con los trámites administrativos en la prestación del servicio de salud:

- a) El menor MGA, hijo de la señora VMA, padecía de Leucemia Mieloide, quien era atendido en la Clínica CEMED LTDA. de la ciudad de Barranquilla, donde se le realizaban tratamientos de quimioterapia y se le entregaban todos los medicamentos que requería a través del programa IVA social, destinado a atender niños menores de 18 años diagnosticados con cáncer, pertenecientes a los estratos 1 y 2, gestionado por el Ministerio de Salud.

Durante el desarrollo del tratamiento la Clínica CEMED solicitó al Ministerio de Salud la adición de presupuesto para la atención y continuidad del tratamiento del menor M y 18 niños más, ya que se había consumido la totalidad de los recursos destinados para ellos, y su tratamiento no había terminado. Sin embargo, el Ministerio dio respuesta negativa a esta solicitud, por lo que los directivos de la Clínica CEMED se vieron obligados a suspender los tratamientos y quimioterapias requeridos por estos menores, ya que eran demasiado costosos y la clínica no tenía el músculo financiero para soportarlos.

Frente a este panorama y con el tratamiento suspendido el menor M recayó y su estado de salud empeoró, por lo que los directivos de la clínica manifestaron nuevamente al Ministerio su preocupación frente a estas situaciones, y la necesidad del dinero para poder continuar con

los tratamientos de los menores, sin embargo, no se giró ningún dinero y poco tiempo después el menor falleció.

En este caso el Consejo de Estado acudió a la literatura científica para poder interpretar las situaciones fácticas, sin darle menor valor a las pruebas aportadas, para lo cual se determinó que, para este tipo de patologías, la expectativa de vida es de 3 a 5 años, pero con un tratamiento de quimioterapia hay pacientes que superan los 10 años de vida. Por lo que concluye que, a pesar de no poder confirmar la recuperación total del menor M, es cierto que, con un tratamiento continuado, oportuno y de calidad el paciente tenía una expectativa razonable de supervivencia entre 3 y 5 años o más, por lo que la suspensión de su tratamiento generó una pérdida de oportunidad de supervivencia mayor, dentro de los parámetros de su enfermedad. Adicional, es importante señalar, que los beneficiarios de este programa eran personas que no habían podido acudir a los demás que establecía la ley, razón por la cual el Consejo de Estado imputó al Estado los daños derivados de la denegación del tratamiento al menor MG (CONSEJO DE ESTADO, 2017).

- b) El menor JDOP era beneficiario del programa del SISBEN en el departamento de Antioquia; estaba diagnosticado con Fibrosis quística, por lo cual fue hospitalizado en varias ocasiones por complicaciones cardíacas, respiratorias y digestivas. En el año 2003 el médico tratante le recetó los medicamentos Panzytret, Multienzimas, Aguasol-E, Eritromicina, Antiácido, Metroclorpramida y Pulmozine, sin embargo, este nunca fue autorizado en sede administrativa por parte de la entidad pública prestadora del servicio de salud, incluso, esto fue ordenado vía tutela, pero este fallo no fue cumplido. Meses después el menor muere por complicaciones asociadas a su patología.

Dentro del proceso una perita neumóloga rindió un informe donde determinó que la supervivencia de los pacientes que padecen esta patología depende del compromiso de los órganos, y del manejo permanente de los medicamentos, y si se lleva un buen tratamiento la expectativa de vida en Colombia puede ser de 12 y 15 años, y a nivel mundial en los casos donde el tratamiento tiene un resultado exitoso esta se puede prolongar por 36,8 años.

Frente a este caso el Consejo de Estado señala que, aunque los resultados del tratamiento no eran 100% seguros para un resultado exitoso, se perdió la oportunidad de vivir; gracias a la demora en la autorización y entrega de los medicamentos el estado de salud del paciente desmejoró, y en cuanto a la imputación del daño, el servicio seccional de salud del departamento de Antioquia no suministró los medios idóneos para intentar paliar las dolencias que sufría el menor, incurrió en falla del servicio al no autorizar de manera oportuna la entrega de los medicamentos recetados por el médico tratante, adicional, incumplieron la orden de un juez de tutela, además reiterada por el incumplimiento del primera instancia, quien ordenaba la entrega de estos. Es así, entonces, como esta entidad obstaculizó la expectativa legítima de vida del menor, por lo cual el Consejo de Estado condenó patrimonialmente al Estado colombiano por la pérdida de oportunidad causada (CONSEJO DE ESTADO, 2017).

- c) La señora MSCA, afiliada a CAJANAL E.P.S., padecía una enfermedad coronaria, por lo que frecuentemente asistía a la Clínica Manizales, S.A. El 14 de agosto del año de 1999 ingresa al servicio de urgencias de esta institución por presentar mareo, desvanecimiento y pérdida de conocimiento, siendo diagnosticada por el médico tratante con síndrome vertiginoso, le recetó un medicamento y la dio de alta. Pese a que la señora M no presentó mejoría alguna, sus familiares la llevaron

al Hospital de Caldas E.S.E., y allí el diagnóstico fue paro respiratorio, infarto agudo en miocardio, por lo que la remitieron a la Unidad de Cuidados Intensivos, pero su estado empeoró progresivamente hasta su deceso el día 16 de agosto de 1999. En su historia clínica se registró como causa de muerte aterosclerosis, infarto agudo en miocardio y shock cardiogénico.

CAJANAL EPS fue llamada en el proceso, ya que su contrato de prestación de servicios con la Clínica Manizales S.A., no establecía la atención de pacientes de cuarto nivel, y la remisión de estos pacientes requería de una autorización por parte de la EPS, además, dentro del contrato celebrado entre las partes el contratista solo atendía a los usuarios que estuvieran relacionados en los listados mensuales aportados por CAJANAL EPS, y esta entidad no tenía actualizada la base de datos en la que figuraba la usuaria como beneficiaria del servicio médico, infringiendo la Circular 74SSN/98 del Ministerio de Salud. Así mismo, la Clínica Manizales S.A. no le solicitó el carnet de afiliación a la usuaria para comprobar su vínculo con la EPS, por tanto, el Consejo de Estado determinó que hubo trabas administrativas que impidieron una prestación oportuna y eficiente del servicio de salud que requería la paciente, las cuales generaron la muerte de la señora MS (CONSEJO DE ESTADO, 2017).

## **CONCLUSIONES**

Del estudio respecto de la teoría del daño por pérdida de oportunidad se concluye que esta teoría hace referencia al daño sufrido por una persona que ve comprometida la oportunidad de evitar un perjuicio o un daño, por no haber recibido un beneficio que evitase la ocurrencia del mismo. Es así, que la pérdida de oportunidad se fundamenta en el daño mismo, que debe ser futuro, cierto e indemnizable, debido a la negación o interrupción de un acto o

acontecimiento que, de no haberse presentado, el daño nunca hubiese ocurrido.

Realizado el respectivo estudio normativo y jurisprudencial, con el fin de comprender la pérdida de oportunidad como elemento presente en la actual problemática social colombiana, y que debido a los trámites administrativos ha producido el cercenamiento y menoscabo del bien jurídico tutelado a la salud, derecho elevado al rango fundamental, se concluye que el Consejo de Estado ha desarrollado sendos y amplios conceptos debidamente desarrollados en este texto, frente a la pérdida de oportunidad por los trámites administrativos que las entidades prestadoras de servicios de salud imponen a los usuarios; así mismo, tiene parámetros de identificación de las fallas aplicables a futuros procesos.

No obstante lo anterior, cada caso concreto es tratado de forma independiente y se le da un procedimiento administrativo particular, esto debido a la diversidad de los elementos constitutivos de la pérdida de oportunidad, por lo tanto se pueden observar fallos condenatorios del Estado y fallos favorables al mismo, dependiendo de las circunstancias particulares de cada caso.

Así las cosas, y pese a que la legislación nacional ofrece amplias garantías para el acceso al servicio fundamental a la salud, y que posee acciones que brindan garantías reforzadas al ciudadano para la salvaguarda de este derecho y su oportuna defensa y acceso, es pertinente señalar aspectos relevantes que coadyuvan a la generación del daño por la pérdida de oportunidad, como lo son la inoperancia del factor humano y escasez de recursos, pues, como se observó en este escrito con base en los casos traídos a colación, fueron elementos que ayudaron a la configuración del fallo en la prestación del servicio médico, y por ende la ocurrencia del daño y la declaratoria de responsabilidad del Estado por el hecho dañoso.

Se puede decir que la pérdida de oportunidad posee dos matices para constituirse como un daño autónomo, previa compleción de los requisitos preestablecidos por el Consejo de Estado, sin embargo, en cualquier caso la finalidad de la reparación por el daño causado por la pérdida de oportunidad es que el ser que padeció el hecho dañoso, sin estar obligado a soportarlo, pueda y deba ser resarcido aun cuando no se pruebe el nexo de causalidad del perjuicio con el hecho que lo provocó, siendo de esta forma que, como se explicó en este trabajo el Consejo de Estado definió parámetros para determinar cuándo la pérdida de oportunidad opera como daño autónomo y cuándo no.

Es así que, a partir del estudio de los criterios del Consejo de Estado, se pudo identificar en este estudio unos requisitos indispensables para la configuración de la pérdida de oportunidad como daño autónomo. Como primer requisito, debe existir la probable ocurrencia de un daño, seguido de que el mismo haya sido producto de un acto vulnerable de un derecho, o que impida que la víctima recibir el resultado más favorable para sí, y por último que pueda ser este reparado independientemente de los demás perjuicios causados, es decir que se demuestre que estaba en plenas condiciones de alcanzar dicho beneficio, siendo este último elemento considerado como criterio de imputación de responsabilidad.

Por último la pérdida de oportunidad se puede interpretar como el daño de un derecho legítimamente vulnerado, y como el menoscabo del interés jurídico, esto es, que la pérdida de oportunidad trae implícito consigo no la causación efectiva del daño, sino que responde a su probable causación, lo que significa que debe tener dos elementos: uno de certeza, que es el daño mismo por haber perdido la oportunidad de recibir un beneficio, y otro de probabilidad, que es la incertidumbre de saber si efectivamente se hubiese recibido el beneficio pretendido, se habría podido evitar el daño.

En conclusión, la figura de la pérdida de oportunidad debe ser estudiada dentro del nexo de causalidad, pese a las múltiples discusiones, que están lejos de terminar sobre si se analiza dentro del daño o dentro del nexo de causalidad, pues conforme a lo analizado en este estudio, ante la dificultad de establecer efectivamente el nexo de causalidad, la pérdida de oportunidad permite reducir la incertidumbre del hecho generador del daño, y hace posible la imputación jurídica seguida de la indemnización por los perjuicios causados, lo que flexibiliza para la víctima la carga probatoria frente a la reparación del daño, ante la ausencia de certeza del nexo de causalidad.

Finalizando, y visto lo anterior desde el análisis normativo y jurisprudencial, se puede concluir que la teoría del daño por pérdida de oportunidad es el resultado de la globalización del derecho, donde la tendencia internacional es la reparación de las víctimas de los diferentes tipos de daños, lo cual ha logrado que los togados tengan en cuenta teorías como la de la pérdida de oportunidad al momento de emitir un fallo. Por otro lado, si bien es cierto que esta teoría es aplicable al derecho médico, es indispensable la evolución del daño hacia una nueva clasificación del mismo, donde esta teoría pueda ser aplicable no solo al derecho civil sino también a otros campos como el penal y el internacional.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ALVARES., C.E. (2001). *Metodología, diseño y desarrollo del proceso de investigación con énfasis en ciencias empresariales*. 4ª ed. LIMUSA.

BRICEÑO CH., N. (2011). *Responsabilidad estatal por falla médica en la prestación de servicios de salud-diagnostico equivocado*. Estudio de caso. Casanare: Universidad Libre de Colombia. Facultad de Derecho.

CAMACHO P., A.M. (2008). *Determinar el grado de cumplimiento de la normatividad existente a la calidad del servicio de urgencias que prestan a través del área de urgencias de las IPS, EPS de la ciudad de Cúcuta*. Bogotá: Universidad Libre, Facultad de Derecho.

CERVANTES D., A.M. (2009). *El principio de oportunidad, análisis crítico de las causales que permiten su aplicación*. Bogotá: Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA (1993). *Ley 100*. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Bogotá.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA (2017). *Ley 1751*. Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. Bogotá.

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA (2016). Sentencia de 31 de mayo. Exp. 2003-00261, C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCION B (2017). Sentencia de octubre 12. Exp. 43799. C.P.: Ramiro Pazos Guerrero.

CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B (2017). Sentencia de abril 5. Rad. 25706. C.P.: Ramiro Pazos Guerrero.

CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B (2017). Sentencia de mayo 10. Rad. 39057. C.P.: Stella Conto Díaz Del Castillo.

CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B (2017). Sentencia noviembre 30. Rad. 42956. C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

GARCÍA, C.S. (2018). *Responsabilidad por pérdida de oportunidad asistencial en la medicina pública española*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Medicina. Tesis doctoral.

GONZÁLEZ, V.A. (2015). *La responsabilidad civil en el ámbito de la cirugía estética*. Disponible en: <http://espacio.uned.es/fez/view/tesisuned:Derecho-Varbesu>

LANZAROT, A.I. (2011). "A propósito de la responsabilidad civil médica. La teoría de la pérdida de oportunidad y del resultado o daño desproporcionado". En: *Revista de la Escuela de Medicina Legal*. Disponible en: <http://studylib.es/doc/6499119/a-propósito-de-la-responsabilidad-civil-médica.-la-teor%C3%ADa...>

MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (2006). Decreto 1011. Bogotá.

MINISTERIO DE SALUD Y DE PROTECCIÓN SOCIAL (2013). Resolución 1552. Por medio de la cual se reglamentan parcialmente los artículos 123 y 124 del Decreto-Ley 019 de 2012 y se dictan otras disposiciones. Bogotá, Colombia.

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL (2016). Resolución 256. Por la cual se establece el sistema de información para la calidad en salud. Bogotá, Colombia.

MOSQUERA, E.P. (2009). *La teoría de la pérdida de oportunidad en Colombia, un tema de incertidumbre en la causa o el daño*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. Tesis de Grado.

- PALLARES, E.A. (2013). "La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica". En: *Revista CESCO de derecho de consumo*(8), 228-229. Toledo: Centro de Estudios de Consumo.
- POSADA, O. V. (2011). *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Bogotá: edit. Temis S.A.
- SANTIUSTE, Á. (2006). "Pérdida de oportunidad en salud". En: *Ars médica Revista de Humanidades*, 141-147.
- SECRETARÍA DE SALUD (2018). *Informe Ejecutivo Mensual de PQRD Formuladas por los usuarios*. Disponible en: <https://www.supersalud.gov.co/es-co/superintendencia/informes-de-gestion/informe-mensual-de-pqrd-formuladas-por-los-usuarios>
- TAMAYO J., J. (2017). *Nuevas reflexiones sobre el daño*. Bogotá: Edit. Legis.
- YERGA, Á.L. (2005). "Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria". En: *Revista para el análisis del derecho*. Madrid: Fundación Dialnet.
- YONG, S. & RODRÍGUEZ Y., C.A. (2011). "Pérdida de oportunidad/Loss off opportunity". En: *Revista virtual Via Inveniendi Et Iudicandi*, 6(12). Bogotá: Universidad Santo Tomás.