



UNIVERSIDAD
PRIVADA
DEL NORTE

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

“ANÁLISIS DE LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE
OPORTUNIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL
MÉDICA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO
CIVIL”

Tesis para optar el título profesional de:

ABOGADO

Autores:

Pamela Amiluz Capcha Yupari

Roger Smith Cardozo Fernandez

Asesor:

Dr. Emilio Jose Balarezo Reyes

Lima - Perú

2021

DEDICATORIA

La presente tesis está dedicada a mis padres, quienes han estado a mi lado, guiando mis pasos y dándome fuerzas para seguir adelante; a mis familiares, que siempre se han preocupado por mi bienestar; a Dios, por permitirme haber llegado hasta este momento tan importante de mi vida profesional.

Dedicado a mi familia, padres, tías, tíos, primos, hermanos, suegra, todos y cada uno de ustedes son mi soporte y motivo para seguir avanzando, en especial a mi hija Nadjha, y a mi compañera Andrea, las amo infinita e incondicionalmente, siempre.

Análisis de la pérdida de oportunidad en la
responsabilidad civil médica desde la
perspectiva del derecho civil.

AGRADECIMIENTO

Agradecer en primer lugar a nuestra alma mater, la Universidad Privada del Norte, por brindarnos los recursos académicos adecuados para formarnos como profesionales, agradecer también a nuestro asesor de tesis y a los catedráticos que fueron parte de nuestra etapa de formación, los mismos que con mucha paciencia y dedicación cimentaron nuestros conocimientos y nuestra ética.

Tabla de contenidos

DEDICATORIA	2
AGRADECIMIENTO.....	3
INDICE DE TABLAS	5
RESUMEN	6
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	7
1.3.1. Objetivo general.....	38
1.3.2. Objetivos específicos	38
1.4.1. Hipótesis general.....	39
1.4.2. Hipótesis específicas	39
CAPÍTULO II. METODOLOGÍA	40
CAPÍTULO III. RESULTADOS	49
CAPÍTULO IV. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES	99
REFERENCIAS	107
ANEXOS	113
ACTA DE AUTORIZACIÓN PARA SUSTENTACIÓN DE TESIS.....	126
ACTA DE APROBACIÓN DE LA TESIS	127

INDICE DE TABLAS

Tabla 1	49
Tabla 2	50
Tabla 3	51
Tabla 4	52
Tabla 5	53
Tabla 6	54
Tabla 7	55
Tabla 8	56
Tabla 9	57
Tabla 10	58
Tabla 11	60
Tabla 12	61
Tabla 13	63
Tabla 14	64
Tabla 15	66
Tabla 16	67
Tabla 17	67
Tabla 18	69
Tabla 19	70
Tabla 20	71
Tabla 21	72
Tabla 22	74
Tabla 23	75
Tabla 24	75
Tabla 25	77
Tabla 26	83
Tabla 27	85
Tabla 28	89

RESUMEN

La presente investigación se realizó con la finalidad de analizar la teoría de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica desde la perspectiva del derecho civil, en la cual mediante el desarrollo del marco teórico y la recolección de información a través de los instrumentos de investigación tales como fichas textuales, entrevistas estructuradas realizadas a profesionales especializados en Derecho Civil y análisis de casos internacionales y nacionales, se logró corroborar el planteamiento de la hipótesis formulada. Siendo que la Pérdida de Oportunidad en la Responsabilidad Civil Medica, considerada como daño autónomo, persigue la indemnización de las expectativas de lograr una posibilidad concreta de lograr un resultado favorable, como la mejoría de salud, por consiguiente es necesario que exista una base de cálculo para la indemnización por la pérdida de oportunidad. En ese sentido, se plantea que la figura de la pérdida de oportunidad debe estar regulada en nuestro ordenamiento jurídico de modo tal que brinde protección jurídica a los pacientes que se vean afectados por negligencia médica y se procure una indemnización parcial por daños y perjuicios.

Palabras clave: Responsabilidad civil, pérdida de oportunidad, acto médico, asistencia sanitaria, reparación civil, negligencia médica, mala praxis, indemnización, nexo causal, consentimiento informado.

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

I.1. Realidad problemática

El estudio de la responsabilidad civil es de vital importancia en el mundo debido a que vivimos en una sociedad en la cual nos interrelacionamos día a día y estamos expuestos a sufrir un perjuicio o detrimento de un derecho, interés o un valor tutelado por el ordenamiento jurídico que genera como consecuencias diversas responsabilidades legales hacia el autor del daño, más aun en el ámbito de la medicina, cuando el médico incurre en un error de diagnóstico u omisión o no aplicación del tratamiento adecuado, generando un daño a la salud y/o cuerpo del paciente.

En el Perú, la Ley General de Salud brinda protección al derecho a la salud de todo ciudadano. Esta ley señala en el artículo 48° que el centro de salud o servicio médico de respaldo es solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se producen al paciente, los cuales son originados del actuar negligente, imprudente o imperito de los profesionales, técnicos o auxiliares que se desempeñan con relación de dependencia. Sin embargo, el sector salud en el Perú es caótico, durante los últimos años han aumentado los reclamos y quejas por parte de los usuarios ante la Superintendencia Nacional de Salud (SUSALUD) y el Ministerio de Salud (MINSA). En una encuesta realizada en el año 2015 por ESSALUD se muestra que del 49% de los usuarios que no confiaban en el seguro social, la gran mayoría atribuyó su opinión a las esperas (82.4%), seguido por maltrato (45.7%), negligencia (27.4%) y corrupción (14%). En ese sentido, debe ser una prioridad mejorar los servicios de salud respecto a los puntos que detalla la encuesta, ya que el acceso a la salud es un derecho fundamental amparado por la constitución.

En la responsabilidad civil, la relación de causalidad puede resultar compleja y a veces confusa para determinar la relación entre la acción del tercero y el acto dañoso, a partir de ello se han generado diversas teorías con respecto a la relación de causalidad, una de esas teorías es la Pérdida de Oportunidad. Al respecto Vicandi (2015):

La teoría de la pérdida de oportunidad o pérdida de la chance, como se le denomina en la doctrina comparada, cuyo origen deriva del análisis jurisprudencial, manteniendo diversas interpretaciones por varios autores y operadores jurídicos, es una acción judicial que no se sostiene por la causación de un daño, sino por la pérdida de una probabilidad cierta y real de obtener un beneficio (p.10).

Esta teoría se ha ido aplicando progresivamente en diversos tribunales de justicia a nivel internacional en materia médica, como en el caso de pacientes con diagnóstico tardío o mala praxis médica, tomando criterios diferentes, pero con una sola idea final, la cual se caracteriza por la certeza de que el sujeto agraviado ha perdido la posibilidad de obtener una ventaja o evitar una pérdida, en este caso la recuperación de la salud y la muerte, respectivamente. A pesar de ello, en nuestro ordenamiento jurídico peruano no está estipulado esta figura, no existe una sistematización clara de la pérdida de oportunidad, la mayoría se centra solo en el análisis de los presupuestos de la responsabilidad civil señalados en nuestro Código Civil Peruano, en base a dos tipos responsabilidad, contractual y extracontractual, para la determinación de una reparación civil, considerando la certeza del daño indubitablemente. Como indica Vázquez (s.f.): “Si buscamos en cualquier registro de jurisprudencia con antigüedad mayor a cuarenta años, difícilmente encontraremos un veredicto absolutorio o condenatorio que implique el accionar de los profesionales de la salud” (p. 3).

No obstante, al presente la perspectiva ha cambiado radicalmente, teniendo en cuenta que las demandas por responsabilidad civil contra médicos y establecimientos de salud son incontables, así pues se llega a calificar aquella situación como la “fiebre de la responsabilidad médica” (García, 2015). Esto se da debido a las fallas en el protocolo de atención en nuestro sistema de salud se ha visto aumentado debido a las deficiencias del sistema, y se debe también a la mayor información que tiene hoy en día los pacientes para fiscalizar la atención que reciben.

Por eso, atendiendo al panorama del estudio de la teoría de la pérdida de oportunidad, además, que al día de hoy, la teoría de la pérdida de oportunidad no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico y son pocos los casos en que los jueces han aplicado esta figura en el ámbito sanitario por ser controversial, nace la necesidad de analizar la relación existente entre la pérdida de oportunidad y la responsabilidad civil médica para garantizar una indemnización a favor del paciente. La presente investigación está orientada a analizar la teoría de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica desde la perspectiva del Derecho Civil.

Antecedentes internacionales

Batalla (2010) en la tesis titulada “**La teoría de pérdida del Chance o de oportunidad y su aplicabilidad en Costa Rica**”, establece como objetivo determinar si es viable la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad o pérdida de chance en Costa Rica, analizando jurisprudencia y doctrina. Además, estudia los diferentes fallos que se pronuncian sobre la materia en investigación de los juzgados internacionales y nacionales. Se menciona en la tesis citada que para que se configure un daño resarcible, la doctrina internacional y la jurisprudencia ha determinado que deben concentrarse ciertos requisitos como que el daño no debe ser eventual e hipotético sino debe ser real, efectivo y cierto, en ese sentido, debe conciliar un perjuicio a un interés que sea relevante jurídicamente y por consiguiente

sea merecedor de un amparo legal. El autor concluyó que la pérdida de oportunidad cumple con todos los requisitos para ser considerado como daño resarcible, por lo cual corresponde ser indemnizado a pesar de las críticas.

Ceballos (2016) en su tesis cuyo título es **“La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil médica, ¿Un daño indemnizable en Colombia,** señala que en los casos en que un doctor no logra diagnosticar a tiempo un cáncer y por lo tanto el paciente muere, no se puede relacionar el daño final con el accionar culposo del médico; es decir no se puede establecer que el médico fue causante de la muerte del paciente. Pero, existe una posibilidad de que ocurra lo contrario, cuando se halla el *alea*, elemento esencial de la pérdida de oportunidad. Así concluye, que la oportunidad perdida es un daño real y cierto, pues, de lo contrario no sería indemnizable.

Del mismo modo, Ordoñez (2018) en el proyecto de investigación previo a la obtención del título de Abogada de los Tribunales de la Republica, titulado **“La pérdida de oportunidad en la responsabilidad médica en Ecuador”**, de la Universidad Regional Autónoma de los Andes, que tiene como objetivo proponer una reforma de ley al Código Orgánico de Salud, donde la aplicabilidad sea efectiva dentro de la teoría de la perdida de oportunidad en la responsabilidad médica. El autor concluye que surge la necesidad de que los profesionales médicos tengan conocimiento de las consecuencias que acarrearán su conducta en la configuración de la perdida de oportunidad en los pacientes. Asimismo, determina la viabilidad de la aplicación de la teoría de perdida de oportunidad en la responsabilidad médica y su aplicación en los conflictos legales dentro de la legislación ecuatoriana. Según el autor, la teoría de la pérdida de la oportunidad es aplicable en los casos en los que el paciente tiene la probabilidad de sanar o de mejorar el estado de salud; sin embargo, por una inoportuna, inconveniente o inadecuada prestación del servicio, dichas oportunidades se perdieron; es decir, que en esta teoría la relación causal que nos concierne es entre la falta de diligencia del servicio de salud y la pérdida de la oportunidad de sanar que tenía el paciente. La causante de la presente investigación concluye que si bien es cierto en la constitución ecuatoriana actualmente son desarrollados los derechos a la salud, el hecho de no tener el concepto legal de la teoría de la perdida de la oportunidad plasmada en el derecho positivo ha llevado a que se emita sentencias que vulneran el derecho a la salud integral establecida en la carta magna. Al proponer que esta teoría se plasme en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se evitaría fallos judiciales inadecuados ya que las bases de la teoría serían conocidas y discutidas y permitirá que las personas afectadas encuentren una solución legal y jurídica a sus pretensiones, que en estos casos implica que se indemnice por la vía civil.

Tapia (2012) realizó una investigación, con título **“Pérdida de una chance, su indemnización en la jurisprudencia chilena”**, con el propósito de identificar la diferencia de la pérdida de oportunidad con otros daños tradicionales (emergente y lucro cesante), analizando antecedentes de jurisprudencia de Chile. Manifiesta que en ocasiones es imposible determinar que la actuación del médico provocó la agravación o muerte del paciente, pero se puede saber con certeza que la actuación del médico impidió una posible mejora en su salud. Asimismo, realiza un análisis de la decisión de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de fecha 11 de diciembre de 2008, confirmada por la Corte Suprema el 20 de enero de 2011, en el cual se demuestra que el médico había cometido un error de diagnóstico (una biopsia realizada con impericia) no detectando un melanoma maligno; al año siguiente la paciente fallece. La corte de Apelaciones fundamentó que no se podía atribuir causalmente la muerte al error de diagnóstico, pero señaló que la pérdida de oportunidad de la paciente al no haberse sometido a un tratamiento adecuado en el momento oportuno; le perjudicó, impidiéndole mejorar su calidad de vida e incluso prolongarla. Esta decisión es importante porque a pesar de una escasa uniformidad en la determinación de cuantificación de la pérdida de oportunidad se dispuso el pago de indemnización de al menos \$ 20 millones de dólares a cada padre y viudo y \$ 10 millones de dólares para cada uno de sus hermanos. El juzgado toma en cuenta tres factores para medir el daño de pérdida de oportunidad: el carácter irreversible de la enfermedad, la posibilidad de mitigar el dolor y la existencia de posibilidad de prolongar la vida. Entonces, el fallo del 20 de enero de 2011 resulta una clara evolución respecto a los casos de error de diagnóstico, pues asume directamente la discusión de la pérdida de oportunidad de sanar o sobrevivir en el caso de la responsabilidad médica. Concluyendo que la pérdida de una oportunidad constituye un perjuicio que implícitamente o explícitamente está siendo reconocida en el derecho y por la jurisprudencia. Además, falta una mayor integración y reconocimiento de los elementos que configuran el daño por pérdida de oportunidad y su cálculo de indemnización.

Gallardo (2015) en su investigación: **“La doctrina de la pérdida de oportunidad”**, publicado en la Revista Aragonesa de Administración Pública, analiza los elementos que configuran la responsabilidad civil del médico derivado del daño por la pérdida de oportunidad, determinando que el daño en la pérdida de oportunidad es la “chance”, es decir la oportunidad misma, comprendida como la posibilidad de un beneficio probable y futuro. Asimismo, afirma que existe una diferencia entre el lucro cesante la cual radica en que la situación del paciente es irreversible; es decir, queda truncada las expectativas de curación o mejora. Gallardo concluye que la indemnización de la pérdida de oportunidad es inferior ante un daño producido en su totalidad y para poder calcularlo se debe disminuir de la valoración monetaria del

daño final incierto el margen de incertidumbre respecto a su vínculo causal con la conducta del agente dañoso.

Antecedentes nacionales

Rivadeneira (2018) en su tesis de investigación titulado: **“La pérdida de oportunidad o chance como nexos causales del daño en la jurisprudencia”**, definió la configuración básica de la pérdida de oportunidad o chance como nexos causales y el requerimiento de su aplicación como parámetro doctrinal en nuestro ordenamiento jurídico. La autora menciona que si la pérdida de oportunidad doctrinalmente está establecida en la jurisprudencia debería ser clasificada como nexos causales del daño, ya que producto de la omisión o pérdida de oportunidad del agente esta es causante del daño. El tipo de investigación que utilizó fue de naturaleza descriptiva-explicativa con enfoque cualitativo de análisis de contenido de jurisprudencia nacional como comparada. La autora concluye que la responsabilidad civil se orienta en el aspecto prioritario de indemnizar los daños ocasionados en la convivencia con los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual, o bien de daños que sean el resultado de una conducta, sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional, originado por una obligación extra contractual. Asimismo, señala la importancia de analizar la relación de causalidad, ya que con ello se podrá establecer adecuadamente el nexos causal que existe entre el responsable civil y el hecho dañoso que este ocasionó.

Por otro lado, Cieza (2013) en su artículo cuyo título es **“Responsabilidad Civil Médica, criterios de imputación (factores de atribución) y el dilema sobre su contractualización”**, en el cual se centra en analizar la responsabilidad civil médica y las consideraciones de su evolución desde la culpa del agente hasta la responsabilidad objetiva, pasando por la culpa presunta, para abordar el supuesto de la responsabilidad civil médica. Asimismo, analiza la división de la responsabilidad contractual y extracontractual. Este estudio es importante porque enfatiza el riesgo profesional del médico, el cual se encuentra relacionado con la pérdida de oportunidad, ya que la conducta del médico puede acarrear daños para la salud sino asiste al paciente en el debido momento y con diligencia. El autor llega a la conclusión de que el eventual daño médico se enmarca en la responsabilidad civil contractual no solo por los criterios objetivos sino también por el principio general de no causar daño a otro.

Pajares (2021), en su artículo titulado: **“La pérdida de chance como daño indemnizable en el Código Civil Peruano”**, siendo esta una tesis para optar el grado de Magister en derecho con mención en Derecho Civil Empresarial en la Universidad Privada Antenor Orrego, el cual estipula como objetivo determinar si la pérdida de

chance sería indemnizable como daño en el Código Civil Peruano. La autora indica que la pérdida de chance si sería objeto de regulación porque está incluido implícitamente en el artículo 1985 del Código Civil Peruano, por eso la denegación del concepto de la pérdida de chance con el solo pretexto de ausencia de regulación sería arbitraria e ilegal. Asimismo, el argumento más común para desestimar la pretensión de indemnización por pérdida de oportunidad es la falta de regulación en la normativa, por otro lado, otro criterio también importante es la relación interna de la pérdida de chance dentro del daño emergente, esto se debe al considerar que existe un elemento económico que adiciona al patrimonio de la víctima; sin embargo, esa afirmación resulta equívoca porque las dos figuras jurídicas mencionadas son distintas al definir el daño emergente como cierto, concreto e identificable, lo que resulta contrario a la pérdida de chance, la cual es medianamente identificable, tal detalle le hace ser autónoma.

Jiménez (2010) en el artículo académico titulado **“La equidad en la cuantificación del daño imposible (o muy difícil) probanza”**, se propuso determinar y resaltar que la importancia de la responsabilidad civil gravita más en la indemnización de la víctima que en la determinación de la responsabilidad. Efectivamente, no tendría caso la existencia de la primera sin la segunda, no obstante, sin la debida reparación o resarcimiento de los daños sufridos, deja de tener sentido si quiera plantear el problema, es decir, en esto la efectividad juega un rol principal. Siguiendo esa línea se entiende que el establecimiento de la cuantía adecuada de la indemnización es un aspecto fundamental en el sistema de responsabilidad civil; no en vano se coincide que la función básica de la responsabilidad civil es resarcitoria, centrándose en el afectado y procurando que mediante la indemnización se le coloque en igual o similar situación que la que tendría si el daño no se hubiese producido. Afirma que, la responsabilidad civil no debe ser considerada como sancionadora sino indemnizatoria, ya que no tiene carácter punitivo, por el contrario, se centra en el resarcimiento de la víctima. Asimismo, considera que debe existir una equidad en la cuantificación por pérdida de oportunidad, que estará dada por la comparación entre las probabilidades de aprovechar una chance y las probabilidades de la misma de no presentarse. Los juzgadores deben emitir su pronunciamiento analizando los parámetros mínimos razonables y un desarrollo lógico y coherente de la existencia de daño por pérdida de oportunidad.

García (2015) en su artículo titulado **“La responsabilidad civil médica en el Perú”** tuvo como objetivo aclarar los aspectos relacionados a la responsabilidad civil médica, logrando esto a partir de los antecedentes históricos en los que se tomaba en cuenta este tema como el Código Hammurabi, el libro sagrado de Egipto, o en la Grecia antigua. También nos lleva a evaluar los aspectos negativos y positivos del

Análisis de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica desde la perspectiva del derecho civil.

incremento de demandas por responsabilidad civil médica; otro objetivo a tener en cuenta es dejar en claro que por regla general la relación médico – paciente es una relación de naturaleza contractual y esta tiene una figura similar a la de locación de servicios. Concluyendo que en la actualidad la relación médico paciente no implica sumisión, sino que vemos una relación equiparada en la confianza, la misma que debe construirse, para ello no solo se necesita la disposición del médico para lograr generar en el paciente un sentimiento de protección y de respeto por sus conocimientos, sino también un mínimo de tiempo y dedicación, aunado a una actitud humana ideal que sin duda va a favorecer y facilitara la eficacia del tratamiento. A pesar de la congestionada prestación de los servicios de salud, debemos tener en consideración que el paciente es un sujeto de derechos y de obligaciones y no un objeto inanimado, que es un ser humano con una vivencia propia de su realidad y no una maquina descompuesta, resulta entonces indispensable que el sujeto no sea tratado como un sujeto pasivo de la medicina sino como una persona, es decir, con humanidad.

Bases teóricas

Pérdida de oportunidad

El estudio sobre la pérdida de oportunidad es un tema que viene siendo debatido por los expertos en el mundo jurídico dada su importancia en la cuantificación del daño que se genera de la pérdida de oportunidad en el ámbito sanitario, así como la determinación de la diferencia con el daño lucro cesante, la cual genera posturas distintas, dificultando una claridad sobre el daño mismo, dado que ambos son pérdidas de un patrimonio en ciertos ámbitos; por ello en este apartado se presentan referentes básicos que encuadran en la investigación realizada. Los referentes teóricos se afincan en el propósito de dilucidar la teoría de la pérdida de oportunidad y su incidencia en la responsabilidad civil en el ámbito sanitario en torno a las obligaciones que nacen de la relación médico-paciente. En el Perú, en la actualidad, no existe claridad de la teoría de la pérdida de oportunidad, pero si encontramos análisis internacionales con respecto al tema de investigación y doctrina nacional e internacional.

El estudio de la teoría de la pérdida de oportunidad es aplicado en distintas situaciones cotidianas, como por ejemplo en el caso de un abogado cuando no presenta el recurso impugnativo de apelación en el tiempo establecido, generando un daño en el cliente al no poder defenderse con criterio, por lo cual el juez dictamina una sentencia desfavorable para el cliente, quién perdió la oportunidad de defenderse, pudiendo conseguir una decisión favorable por parte del juez. De ese mismo modo, opera en el ámbito sanitario, cuando al paciente no le diagnostican una enfermedad en el momento debido y no recibe el oportuno tratamiento. De ello, se infiere que la medicina es una ciencia inexacta por los diferentes criterios que tienen los médicos para diagnosticar, evaluar y tratar el estado de salud del paciente.

En el Perú, contamos con diferentes entidades del gobierno que resuelven quejas y denuncias por parte de los pacientes que han recibido un inadecuado servicio de salud, una de esas entidades es la Defensoría del pueblo, la cual realizó en el 2017 la supervisión a 13 hospitales y cinco centros de salud de las regiones Arequipa, Junín, Lima, Piura y Puno, identificando que el 85% de los hospitales supervisados no cuentan con camas suficientes, existe hacinamiento de pacientes, la infraestructura es antigua y el número de personal médico es limitado; el 62% recibieron quejas de las usuarias por maltrato, negligencias, insuficiente información y demora en la atención. Entonces, se infiere que el incremento de reclamaciones significa que la medicina es un campo complejo en donde resulta importante que el médico actúe de forma diligente y correcta.

La pérdida de oportunidad se relaciona con el riesgo terapéutico porque incide sobre la cuantificación del daño. Sabemos que un tratamiento médico y quirúrgico implica un riesgo sobre la salud del paciente, es decir, que una cirugía no garantiza que recupere su salud o que la operación tenga éxito, pudiendo suceder todo lo contrario. Pero el hecho que el paciente acude al médico para que este le ayude en la recuperación de una dolencia o enfermedad genera una obligación de medios, haciendo todo lo que está en su capacidad de médico profesional. De esa manera, la práctica de un acto médico engloba el profesionalismo del médico, en cumplimiento de una obligación, debidamente graduado y habilitado por la legislación nacional, y la legitimidad de un derecho. (Guzmán y Arias, 2011). Para que no sea considerado una agresión un acto médico, el profesional deberá obrar en beneficio del paciente y suministrar la ayuda médica necesaria, asimismo, se concentrará en ciertas normas: licitud, ejecución típica, seguimiento de normas científicas universalmente aceptadas. Así entonces, el médico, como consecuencia de sus acciones contrarias a las reglas médicas, y la existencia de relación de causalidad con el daño sufrido al paciente, responderá ante una indemnización.

Entonces, como se ha expresado anteriormente, el procedimiento médico implica un riesgo y actualmente es transmitido al médico y deberá responder en caso el paciente no recupere o empeore su salud. Sin embargo, se debe tener en cuenta que un médico puede equivocarse aun teniendo toda la tecnología posible, pero ello no quiere decir que la equivocación conlleve la responsabilidad, sino cuando obedece algún tipo de culpa por negligencia, descuido, imprudencia o impericia. Dicho lo anterior, según Cadenas y Cobacho (2013):

Para determinar la cuantificación de la pérdida de oportunidad se debe valorar algunos aspectos como la gravedad de la enfermedad, novedad de la intervención, riesgos previsibles y su frecuencia, los riesgos materializados con su secuela, alternativas existentes, edad, estado previo, oportunidad, posibilidad de otras consultas, etc. (p. 89).

Esto se debe a que la responsabilidad del médico en cuanto a la pérdida de la oportunidad se debe medir de acuerdo a las circunstancias en las que se produce el hecho, ya que los detalles como la edad del paciente, enfermedades preexistentes o riesgos propios del tratamiento médico, influirán en la determinación del resarcimiento y la cuantía de esta.

En la misma línea, hoy en día es indispensable que el paciente de su consentimiento respecto a cualquier intervención que se le vaya a realizar ya que la omisión de esta puede desencadenar un daño por pérdida de oportunidad. Al respecto Pizarro (2018) afirma que:

La pérdida de oportunidad está ligada a la omisión del consentimiento informado en la medida que todo paciente deberá ser informado de los riesgos que puede producir una intervención quirúrgica; en caso el médico no lo haga, entonces, se produce la pérdida de chance debido a que el paciente no ha podido, en el momento oportuno, decidir someterse o no a la cirugía o tratamiento, sabiendo las consecuencias de su decisión. En otras palabras, el paciente pierde el derecho de consentir o no el acto médico para la restauración de su salud y, por tanto, se genera una indemnización a pesar del cumplimiento de la *lex artis* del médico, es decir, el comportamiento adecuado de este (p.20).

Podemos decir entonces, que el consentimiento informado del paciente es un criterio fundamental a tomar en cuenta por los profesionales de la salud a fin de protegerse respecto a futuras acusaciones por pérdida de la oportunidad, y para cumplir correctamente con la *lex artis*.

La manera como se desenvuelve el médico frente a un paciente es muy importante ya que se considera que la pérdida de oportunidad o chance representa un problema de índole causal, o más bien, una causalidad concurrente, en donde las predisposiciones del paciente y el comportamiento del médico inciden en el resultado final. Motivo por el cual, se indemniza al paciente a título de chance por un perjuicio intermedio (Prevot, 2016). Dado lo anterior, se comprende que en la pérdida de oportunidad no incide un daño final como la muerte, lesiones o incapacidad, sino que interviene la pérdida de probabilidades de poder evitado un resultado nocivo. Asimismo, afirma que la decisión de los jueces muchas veces para evitar caer en contradicciones en la determinación de la relación causal entre el acto médico y el resultado final nocivo, opta por ampararse en doctrina de la pérdida de oportunidad para indemnizar parcialmente al paciente, el cual a veces no es favorecido por la sentencia.

En cuanto a la pérdida de oportunidad o chance hay que tener en cuenta que muchos autores se inclinan por la postura que describe esta pérdida de oportunidad como un daño autónomo, así también, hay otros autores que se inclinan por la postura que describe a la pérdida de oportunidad como una variante del lucro cesante. Al respecto Osterling y Rebaza (2002) mencionan que: “si bien la pérdida de la chance trata de indemnizar la frustración de la oportunidad de haber obtenido un beneficio o evitado una pérdida, es preciso verificar con anterioridad que dicha oportunidad realmente se haya generado en la esfera jurídica del agraviado” (pp.9-10). A simple vista, la pérdida de chance parecería ser una variante del lucro cesante, sin embargo, las diferencias están bastante claras, puesto que el lucro cesante pretende indemnizar las ganancias económicas que fueron arrebatadas al ocurrir el acto dañoso, por el contrario, la pérdida de chance se desarrolla una etapa anterior, ya que procura respaldar las oportunidades de obtener ganancias futuras en margen patrimonial o evitar un

perjuicio fuera de la esfera patrimonial; es decir, la pérdida de oportunidad o chance indemniza la probabilidad misma. La probabilidad debe ser verificable y cierta que conlleve a la opción de obtener beneficios.

En esta misma línea, podemos decir que la indemnización de la pérdida de oportunidad no se trata de un daño por lucro cesante ya que se trata de la frustración de la posibilidad de generar una ganancia o evitar un agravio. El concepto indemnizatorio bajo análisis no configura un lucro cesante sino un daño emergente, en este sentido nos habla del clásico ejemplo del caballo que por la tardanza de un transportista no pudo participar de una carrera, y señala que la victoria de la competencia es completamente incierta, no obstante la probabilidad de alcanzarla, lo que buscaba el acreedor, es mínima, en el momento en que se produce el hecho por efecto del que queda excluido por lo que se está en presencia no ya de un lucro cesante en razón del triunfo impedido de alcanzar, sino de un daño emergente a consecuencia de la actual posibilidad frustrada de lograr la victoria (De Cupis, s.f.). Dilucidando lo señalado por el autor, para un sujeto había probabilidad a favor y en contra de obtener o no una cierta ventaja patrimonial, sin embargo, un acto cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de sumarse en la determinación de esas probabilidades.

La pérdida de oportunidad es una teoría que intenta resarcir un daño que ha ocasionado que se frustre la oportunidad de obtener una ventaja o de evitar un menoscabo, cabe precisar que no se trata de que se frustró una certeza sino la posibilidad basada en cálculo de probabilidades. Según Herrera (2016):

La pérdida de oportunidad es una figura jurídica que se manifiesta cuando la relación entre el hecho del agente y el daño no es una conexión directa; es decir, el nexo causal no resulta claro. En ese contexto, la pérdida de oportunidad resulta una herramienta importante que permite dilucidar, a partir de un cálculo de probabilidades, que la relación entre el hecho y el daño es directa, dando cabida a la reparación civil. (p.25).

En ese sentido, en la pérdida de oportunidad se deberá establecer el nexo de causalidad entre el acto del médico y las probabilidades que generaron un daño, que pudo ser distinto en un tiempo anterior y que no se puede revertir. Esta teoría se encuentra en una línea en la que se determina lo cierto y lo incierto, por eso es necesario ser muy fino al presentar el material probatorio, ya que de eso depende determinar que el acto médico ocasionó un daño que no permitirá que el paciente obtenga una ventaja o evite un perjuicio. Morillas (2014) nos plantea

La pérdida de una oportunidad o chance constituye una zona gris limítrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro, la cual versa sobre una

situación donde media un comportamiento antijurídico que obstaculiza el curso normal de los acontecimientos de tal manera que no se sabe si el afectado por el hecho acontecido habrá tenido o no una ganancia o evitado alguna pérdida de no haber mediado aquel, es decir, que en dicha situación había posibilidades a favor y en contra de obtener o no cierta ventaja, pero el hecho antijurídico causado por un tercero le ha cercenado la posibilidad de participar en la determinación de esas posibilidades. (p.36).

Podemos deducir entonces que, en la teoría de la pérdida de la oportunidad, no se busca resarcir el daño causado, sino se enfoca en indemnizar la ocasión perdida de obtener un beneficio o evitar un menoscabo en la salud o en el tratamiento que resulta necesario en determinada enfermedad. Al respecto Asensi y Cid-Luna (2013) nos dice lo siguiente:

...se trata de una teoría asociada con la valoración del daño real, con el valor del beneficio destruido y la determinación del nexo de causalidad (causalidad probabilística). A efectos de indemnización, se asume que no se indemniza el daño final, sino el porcentaje de la oportunidad de haberlo evitado (p. 232).

La pérdida de oportunidad se trata de un daño que se enfoca en la posibilidad de lo que hubiese ocurrido si el galeno actuaba de manera diligente de acuerdo con la *lex artis* de los médicos y no se enfoca en el daño final que se ha causado. La incertidumbre causada por el actuar no diligente del médico debe ser comprobado de manera que el beneficio que hubiese obtenido si el médico no hubiese actuado de forma equivocada sea evidente, al respecto Latorre (2018) indica lo siguiente:

...la “pérdida de oportunidad” hace referencia a la incertidumbre sobre una omisión de actuación médica, es decir, en la pérdida de oportunidad lo que se da es una falta de actuación, que en caso de haber existido se hubiera evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente. Así pues, a la hora de concretar la indemnización en el caso de la doctrina de la pérdida de oportunidad, se han de tener en cuenta dos elementos fundamentales, por un lado, si la actuación médica hubiera sido finalmente beneficiosa y, por otro lado, la entidad o alcance de ese efecto beneficioso (p. 2).

El tratarse, la pérdida de la oportunidad, de una incertidumbre, resulta compleja comprobar un nexo causal que determine las responsabilidades, esto se da también por la desventaja entre el médico y el paciente para probar el daño, por eso para aplicar esta teoría se requiere que la causalidad no haya sido demostrada de manera irrefutable. En esta misma línea Fierro (2016) afirma en su blog jurídico que:

Es un constructo doctrinal que busca abordar casos en los que la relación causal no ha sido absolutamente probada, de tal manera que, se concede el reclamo del demandante, dando lugar al derecho a indemnización, cuyo monto será en todo caso inferior a la que hubiera correspondido si se hubiera acreditado con absoluta certeza la existencia de una relación causalidad. Con este mecanismo se logra la protección de las expectativas de la persona que ha sufrido el daño que ha generado la responsabilidad (párr. 2).

La causalidad del actuar del médico y el daño ocasionado en los casos de responsabilidad civil médica suelen ser difíciles de establecer. En cuanto a la teoría de la pérdida de oportunidad, el perjuicio que deriva de la pérdida de oportunidad es considerada autónoma, esto porque no es posible establecer un vínculo causal entre las acciones del médico y los efectos específicos que sufre el demandante, a través de las evidencias que acompañan al proceso (Díaz, 2018). En ese sentido, se entiende que la doctrina de la teoría de la pérdida de la oportunidad aparece en parte para solucionar lo complejo que es para el demandante tener la carga de la prueba, y en la clara desventaja que se encuentra frente a la autoridad médica. Finalmente, la doctrina sobre la teoría de la pérdida de oportunidad brinda una salida al complejo problema de la falta de amparo legal para las víctimas de perjuicios al acceder al sistema de salud público o privado, que estando en una clara desventaja frente a la autoridad de salud para sustentar pruebas respecto al daño sufrido.

Error de diagnóstico

Un diagnóstico erróneo puede generar un daño en el paciente que suelen ser irreversibles, ya sea por perder la oportunidad de obtener un tratamiento más adecuado o por tratarse del fallecimiento de la persona. Minue-lorenzo (2016), señala que: "el error de diagnóstico es aquel diagnóstico que no es realizado en el momento adecuado, es ignorado o es incorrecto" (p.15). Razón por la cual los médicos y centros hospitalarios tienen una política para reducir las situaciones de errores de diagnóstico y evitarse problemas de índole legal. A pesar de ello, las situaciones de errores por parte de los médicos son más frecuentes. Así, la responsabilidad que derivan de los errores o equivocaciones de los profesionales de salud en el diagnóstico o en el tratamiento será manejada por imprudencia profesional; sin embargo, la responsabilidad no podrá ser dolosa porque no está de por medio la premeditación del daño (Morillas, 2014). Cuando la consecuencia del daño no ha sido previsible decimos que fue un acto culposo lo que difiere del acto doloso por existir una intención deliberada, es decir, que nos encontramos en el caso del error de diagnóstico frente a un acto culposo, ya que no existe la intención de dañar, sino se trata de una impericia.

Es pertinente afirmar que el error por sí solo no genera una responsabilidad, ya que es indispensable demostrar que este proviene de una conducta injustificable que viole la lex Artis de los médicos, es decir que sea evidente, por ejemplo, que se omitió realizar algún examen médico que en la lex artis se indique que es esencial para el determinar el diagnóstico de una persona, al respecto Vizcarra (2015) menciona que:

El error de diagnóstico y tratamiento, cuando provienen de una conducta culposa, por no haberse agotado todos los medios que se tenían a disposición para encontrar el diagnóstico correcto y prescribir el tratamiento adecuado, sí constituye un hecho al cual puede ser imputable un daño por la pérdida de oportunidad de sobrevivir, de curarse o de no empeorar, toda vez que esa conducta culposa ha privado al paciente de la oportunidad de evitar un perjuicio (p. 26).

Se deduce entonces que este error tiene que ser determinante para poder imputar la responsabilidad al galeno, ya que se debe analizar la conducta del médico para decretar si agotó todos los recursos que tenía a su disposición para dar su evaluación médica. En cuanto las faltas médicas, provienen, en primer lugar, de un inapropiado proceso intelectual en el acto médico, que son cometidas durante la elaboración de un diagnóstico o la elección terapéutica, siendo este último, en mayor parte un desacierto consecuencia del primero (Rodríguez, 2008). En efecto el medico puede incurrir en una falta cuando no realiza un análisis para hallar un diagnóstico correcto, lo que llevaría a un tratamiento inadecuado. Para realizar dicho análisis es necesario que se hagan todos los exámenes correspondientes a la disciplina médica. En ese sentido Diaz (2015) nos dice que:

La negligencia médica es el descuido que tiene un médico de una persona, que por error o imprudencia realiza insatisfactoriamente el tratamiento al paciente ocasionando daño parcial o total, pero en este proceso existen varios factores relacionados principalmente con el error de diagnóstico, porque el hacer un diagnóstico correcto oportuno, significa un tratamiento adecuado evitando el daño potencial en que podría incurrirse (p. 15).

Se puede deducir que la práctica médica es una actividad en la que está en juego un bien cuyo valor es incalculable, y es la vida, es por ello que se les exige a los profesionales de la salud tener una actitud responsable y extremadamente cuidadosa al diagnosticar a un paciente, ya que en su defecto puede terminar causándole un daño irreparable o puede desencadenar una pérdida de la oportunidad de acceder a un tratamiento más adecuado.

Consentimiento informado

En la actualidad la relación médico paciente se caracteriza por el respeto que se le tiene a los usuarios que se ponen en manos de los galenos y la confianza que pone una persona al acercarse a un médico, a diferencia de la actividad médica del siglo pasado, hoy en día tenemos estándares de atención a los pacientes, y el médico no se considera un ser cuasi mágico que no se equivoca.

Toda persona tiene el derecho de ser informada de cualquier procedimiento que se vaya a realizar en su cuerpo, esto suele sonar obvio, sin embargo, existen muchos casos en los que los médicos determinan lo que se le va a realizar al paciente y olvidan brindar la información pertinente y permitir que el propio paciente otorgue su consentimiento luego de que se le haya explicado con claridad el procedimiento que se le va a aplicar. El consentimiento informado es uno de los principales pilares de la actividad médica, esto implica que se tiene en alta importancia el respeto por la libertad y dignidad de los pacientes, e indica también que la institución del consentimiento informado tiene dos fines, que son promover la toma de una decisión racional y estimular la autonomía individual (Gómez, 2003). Es por lo que todo procedimiento que se le vaya a hacer a algún paciente se le debe informar para que tenga pleno conocimiento y conciencia acerca de su salud. Este derecho a tener la información completa del actuar del médico frente a nuestro cuerpo tiene un rango constitucional. Se debe verificar y tener control respecto de si el médico cumple su obligación de informar adecuadamente al paciente.

El consentimiento del paciente sólo será considerado válido jurídicamente si el galeno ha cumplido la obligación de brindar una adecuada, correcta y completa información al paciente, en caso contrario estaríamos frente a un consentimiento con vicios ya que se entiende que se ha inducido al error a la persona con una información errónea o incompleta (Lombana, 2007). Por otro lado, Valdivia C. (2018) nos dice que:

...es necesario haber la distinción para evitar la confusión entre el proceso de consentimiento informado propiamente como tal, del documento de consentimiento informado. Mientras que consentimiento informado es un proceso por el cual una persona debidamente informada acepta o rechaza su participación en alguna acción de salud previamente definida, el documento de consentimiento informado es solo el registro de la ocurrencia de dicho proceso y constituye un medio de prueba de la decisión tomada (s. p.)

Esto indica que no corresponde que todo procedimiento de consentimiento informado tiene que ser expresado en un documento, ya que, por ejemplo, la toma de sangre u otros procedimientos sencillos no necesitan que se firme ningún documento ya que se trata de procedimientos de bajo riesgo, sin embargo, de todas formas, el paciente debe tener la información completa para brindar su consentimiento.

Responsabilidad civil

Las relaciones en general entre personas muchas veces tienen consecuencias dañosas, esto se debe a que las acciones de un individuo pueden dañar a otro, en ese sentido, la persona que realiza a acción dañosa tiene una responsabilidad civil respecto a la persona agraviada, de acuerdo con Rangel (2015) la responsabilidad civil se define por:

La obligación de resarcir o compensar a quien se le haya causado un daño, ya sea por el deber general de no causar daño a otro o por el incumplimiento de obligaciones. Por el primero, se le denomina “responsabilidad civil aquiliana” o “extracontractual”, por otro lado, el segundo, se le conoce como responsabilidad por inejecución de obligación o también llamada contractual (p.10)

En la jurisprudencia peruana, la Corte Superior de Justicia de Lima Norte (2019) acoge la definición de responsabilidad civil:

[..]La responsabilidad civil es una institución jurídica dentro del cual existe la obligación de indemnizar por daños causados en virtud a un incumplimiento de las obligaciones asumidas mediante una relación contractual o por el acontecimiento de un hecho ilícito o riesgo creado (fuente extracontractual), en donde su reparación deberá consistir en el establecimiento de una situación anterior o -cuando ello sea imposible- en un pago por concepto de indemnización. Para ello, en caso que una conducta pueda ocasionar una lesión o menoscabo, el mismo se deberá analizar dentro de los elementos constitutivos propios de la responsabilidad civil, esto es, la antijuridicidad, el daño, el nexo causal y los factores de atribución. (Exp. 07585-2018-Lima, sentencia de vista de fecha 07 de mayo de 2019).

Es así que la persona que realiza una acción que dañe a otra tiene la obligación de reparar dicho daño con un resarcimiento o indemnización, de la misma manera Ojeda (2009) manifiesta que “el causante de un daño está obligado a su reparación, en virtud al deber de sujeción al orden jurídico que tienen todos los sujetos. Sujeción que se refiere al concepto de sanción que para tales efectos se identifica o toma el nombre de responsabilidad.” (p.14). Cabe precisar, que el daño causado debe ser resarcido o en todo caso debe procurarse que la persona dañada se encuentre en el mismo estado que se encontraba antes del evento dañoso, en caso esto no fuera posible, se tendrá que determinar una cuantía justa.

En este mismo sentido, Velásquez (2009) explica en cuanto al concepto de responsabilidad civil que: “Decimos que las obligaciones pueden ser por su origen: contractuales o extracontractuales y por su contenido de dar, hacer o no hacer. Cuando hablamos de responsabilidad, la obligación puede ser de dar, hacer no hacer, pero siempre lleva implícita como elemento propio por su naturaleza la idea de reparar o indemnizar un daño causado.” (p.20). Se entiende entonces que la indemnización es un elemento propio de la naturaleza de la responsabilidad, más allá de como catalogue el daño. La acción antijurídica de un individuo tiene como resultado un daño que debe ser resarcido. Así mismo Velásquez (2009) concluye que:

“Podemos decir que en un sentido jurídico estricto estamos ante la responsabilidad civil cuando la obligación, la contraprestación, tiene como contenido específico la obligación de reparar un daño antijurídico. Entonces podemos decir que la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica que todo aquel que comete un acto ilícito debe reparar el daño que este acto ilícito ha causado a un tercero.” (p.21).

Es así que, podemos determinar que la Responsabilidad Civil; en primer lugar, gira en torno al daño, es decir, estudia y analiza los elementos característicos de la responsabilidad civil para sancionar al causante del daño, quien lesiona un interés jurídicamente protegido, cuya consecuencia repercute negativamente sobre terceros.

Responsabilidad civil médica

La responsabilidad civil médica consta en la reparación de un daño, por el cual el médico o el centro hospitalario incumplieron con sus obligaciones de sanar o restaurar la salud del paciente, motivo por el cual deberá indemnizar al paciente por los daños ocasionados (emergente, lucro cesante, moral, patrimonial). Según, Plasencia (2015) “la responsabilidad civil médica se define como la institución por la cual los profesionales médicos y los centros hospitalarios responden por los daños ocasionados al paciente al haberse incumplido con las reglas de la medicina en el momento de ejecutar la prestación de salud” (p.14). Hay que tener en cuenta que para que se dé la responsabilidad civil médica se requiere una confluencia de requisitos que resulta importantes para entender el concepto que estamos desarrollando. Para Morillas (2012):

“Debe quedar muy claro para que se dé la exigencia de responsabilidad médica, deben coincidir por un lado, como hemos indicado la identificación del daño causado, por otro una imprescindible relación de causalidad entre la conducta culposa y el daño, y naturalmente la identificación de la infracción cometida, criterios que han sido fijados por la doctrina jurisprudencial...” (p.25)

El acto médico realizado sin pericia o incumpliendo las normas de la profesión tendrá como consecuencia una responsabilidad civil que debe ser reconocida y resarcida de forma justa, al respecto Carhuatocto (2010) señala que:

La responsabilidad civil médica es aquella que se produce por una ejecución de un acto médico realizado por especialistas de la medicina, incumpliendo las reglas de esta profesión o con ocasión de su ejercicio profesional abusan de sus facultades para cometer conductas ilícitas ocasionando no solo un daño a la vida y salud del paciente sino en otros derechos fundamentales. Un procedimiento médico que ha inobservado reglas de la medicina puede traer graves complicaciones como males crónicos, pérdida de miembros, órganos, lesiones graves e incluso la muerte, generando responsabilidad administrativa, civil y penal que solo es posible de salvar con causas de justificación debidamente probadas. (p.35)

Como se puede desprender de las anteriores definiciones, el ejercicio de la profesión de la medicina resulta complejo, exige que profesional actúe con diligencia y ética para cuidar la salud de los pacientes. En el campo de derecho, se responsabiliza al médico profesional y/o centro hospitalario, ya sea por una negligencia médica, impericia o imprudencia que perjudique y afecte a la salud del paciente.

Las consecuencias de la responsabilidad civil medica suelen ser irreversibles, por la naturaleza de la práctica médica, en ese sentido, es importante que los galenos ejerzan la profesión con profesionalismo y de acuerdo a los protocolos establecidos para la correcta práctica médica, siendo esto indispensable para evitar desenlaces trágicos que arruine la vida de las personas.

Para ubicarnos correctamente y entender la responsabilidad civil médica se debe tener en claro los presupuestos que engloban a la responsabilidad civil las cuales son la antijuricidad, el daño, la relación de causalidad y los factores de atribución. En este sentido, en cuanto a los presupuestos, que como línea directriz de valoración jurisprudencial de la exigencia para apreciar la existencia de imprudencia médica en la conducta profesional que no solo se desarrolle fuera de la *lex artis* sino que además exista una relación de causalidad entre este actuar descuidado o acto inicial que infringe el deber objetivo de cuidado y el mal resultado antijurídico sobrevenido que se traduce en un peligro potencial que debió preverse, en una consecuencia real, no bastando la mera acción causal, sino que exige dentro ya de la propia relación de antijuricidad que el resultado hubiese podido evitarse con una conducta cuidadosa o al menos no se hubiera incrementado el riesgo preexistente. (Morillas, 2014). Entendemos entonces, que el material probatorio que se otorgue es indispensable

para determinar la relación de causalidad de la acción del médico y el resultado dañoso.

Es complicado determinar si este tipo de daño se trata de responsabilidad civil contractual o extracontractual ya que existe doctrina que exponen distintas posturas. La sanción jurídica de la conducta lesiva responde a una elemental exigencia ética y constituye una verdadera constante histórica de modo que el autor de un daño responde de él, o lo que significaría que el autor de un daño está sujeto a responsabilidad, si bien el problema es cómo se proyecta esta responsabilidad, puesto que la responsabilidad se halla en la obligación de indemnizar o reparar los perjuicios causados a la víctima y, desde luego, al menos con los textos legales que tenemos, no es lo mismo, al menos en cuanto al plazo de la acción, pretender reclamar al médico por la vulneración de las exigencias previstas en el contrato que recurrir al régimen de la responsabilidad extracontractual. (Bello, 2009). Este tema es complejo ya que se debe determinar la relación que existió en el momento de la intervención del médico, las circunstancias o el lugar donde se le atendió al paciente.

La constatación histórica que siempre ha existido de resarcir una conducta lesiva, esta afirmación se remonta a los primeros textos legales que existen, en el derecho romano se entendía el resarcimiento como un ánimo de venganza donde primaba la ley del Talió (“ojo por ojo, diente por diente”), en esa época se distinguían dos categorías de daños las que nacen de un delito público y las que nacen de un delito privado los delitos públicos comprendían la persecución de los hechos graves cometidos por particulares como el homicidios y en caso el estado no perseguía al autor la familia de la víctima podía hacerlo, en el caso del derecho privado la víctima podía escoger entre una venganza o una suma de dinero que se fijaba de manera libre, como dijo en un comienzo la noción de resarcimiento siempre quedó bajo el precio de la venganza, en el derecho romano las soluciones eran muy primitivas.

Apartando el contexto histórico que comprende este tema, se debe entender que no todas las acciones que provocan daño tienen un aspecto parecido ni están enmarcados en similares realidades sociales más aún si se trata de responsabilidad civil médica. En los casos de responsabilidad de los médicos cada caso en particular difiere del otro, es por lo que es un tema tan delicado ya que, en caso de existir daño por parte de un galeno, se trata de una afectación que ocurre por el incumplimiento del pacto que existe entre las partes se pretende justificar extracontractualmente en la reparación de los daños derivados de la lesión de derechos que se configuran como absolutos al tratarse de la salud, la integridad física y la vida. En ese aspecto García (2015) menciona que:

Análisis de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica desde la perspectiva del derecho civil.

El Código Civil de 1984 estableció el régimen dual de responsabilidad, separando la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual. El término que distingue aparentemente a estos dos tipos de responsabilidad es el contrato; Sin embargo, el criterio retenido por el Código sustantivo para distinguir los dos aspectos de la responsabilidad civil es una relación de obligación y no un contrato, por lo que debe denominarse “responsabilidad obligacional” y “responsabilidad extra obligacional” (p. 19).

Dicha polémica sobre la naturaleza de la responsabilidad civil médica en la actualidad está a favor del contrato, ya que por regla general la responsabilidad del médico hacia el paciente entra en esta categoría porque en la práctica se verifica que los hechos indican la proveniencia del contrato de asistencia médica con la atención del paciente. El deber de resarcir deriva de otro deber; el deber de cumplir deriva de otro deber que ha sido transgredido. Un contrato lo que genera son obligaciones para los contratantes y si uno de ellos incumple las prestaciones que les corresponden o cumple de manera deficiente o fuera de tiempo, quedaría obligado a indemnizar a quienes les hubiera ocasionado dicho daño.

Dicha propuesta entraña una unión de ambos tipos de responsabilidad civil, la contractual y extracontractual, que no imposibilita que las causas integradoras del recurso en cuestión puedan ser comprobados bajo el panorama impugnatorio que contienen; cuando un hecho lesivo sea un incumplimiento de una obligación contractual, así como una obligación general de no causar daño a otro hay un ensimismamiento de responsabilidades contractuales y extracontractuales que da lugar a acciones que pueden darse complementariamente proporcionando los hechos al juez para que aplique las leyes respectivas con las dos responsabilidades que más se ajusten, en beneficio de la víctima otorgándole un resarcimiento del daño completo. En la misma línea Tapia (2003) nos dice que:

...en sentido de justicia, no cabe justificación para discriminar entre personas que reciben una misma prestación médica obligando, por ejemplo, al paciente que ingresa en estado de inconsciencia a probar la negligencia (porque al no existir contrato, no se aplicaría la presunción de culpa del artículo 1547), y a eximir de ella al paciente que, por estar consciente, pudo aceptar los tratamientos que se le propusieron. Esto, por lo demás, comprometería un desincentivo implícito a la suscripción de contratos médicos, con el fin de evadir la presunción de culpa. Con todo, atendiendo a que los casos de responsabilidad civil médica se resuelven en el derecho nacional preferentemente en sede extracontractual, tal como se indicó, estos problemas

no se presentan con demasiada frecuencia, siendo generalmente la víctima la que prueba la negligencia del médico (s. p.).

Cabe destacar que en el Perú la profesora Olenka Wolcoott Oyague es una de las profesionales del derecho que ha dedicado en mayor medida a investigar sobre la responsabilidad civil de los profesionales y esto se ve reflejado en sus dos obras: “La Responsabilidad Civil de los Profesionales” y su investigación “Salud, Daños e Indemnización”. En el primer libro mencionado se hace una crítica a la duplicidad de direcciones en materia de responsabilidad civil, ya que considera que es contraproducente la actual dualidad de los sistemas, pues cree que debe existir sólo un régimen en materia de responsabilidad. Los códigos civiles mantengan la diversidad en los regímenes de responsabilidad civil, va a permanecer la disputa doctrinaria y jurisprudencial para aplicar la norma más adecuada y será una constante que a una situación de daño contractual se le pueda aplicar una norma del régimen extracontractual (Wolcoott, 2002). Dicha circunstancia reconoce de manera implícita que la responsabilidad civil es una y que no se debe permitir la vigencia de la dualidad de regímenes ni su vigencia ya que la considera absurda. Es entonces oportuno decir que es necesario que en el código civil debe determinar si la responsabilidad civil seguirá siendo dual o si solo debe predominar un régimen en materia de responsabilidad. Así mismo, Ordoñez (2018) afirma que:

La responsabilidad civil será extracontractual cuando la norma jurídica violada es una ley (en sentido general), la cual puede dividirse a la vez como delictual o penal (si el daño causado deriva de una conducta tipificada como delito), o cuasi delictual o no dolosa (si el perjuicio se originó en una falta involuntaria). Por otro lado, cuando la norma jurídica transgredida es una obligación establecida en una declaración de voluntad particular (contrato, oferta unilateral, etcétera), hablamos, entonces, de responsabilidad contractual. (p. 18).

Podemos decir entonces que, en cuanto a responsabilidad civil de los médicos, se determinará si se trata de responsabilidad civil contractual o extracontractual al revisar cada caso en específico, ya que los detalles de cada casuística son determinantes para ello. Concretando y aplicando la falta de información de parte del médico responsable, el incumplimiento del deber de información por el galeno constituye un supuesto de actuación negligente de este (Morillas, 2014). Dicho deber forma parte de la diligencia del profesional de tal forma que el médico lo omita o lo cumpla defectuosamente está violando la llamada *lex artis* que es el correcto desempeño del médico, e incurrir por ello en responsabilidad civil. En la misma línea en cuanto a la relación de causalidad, esta resulta imprescindible, tanto si se opera en

el campo de la responsabilidad subjetiva como en el de la objetiva y ha de resultar de una certeza probatoria y no de meras conjeturas deducciones o probabilidades, aunque no siempre se requiere la absoluta certeza por ser suficiente un juicio de probabilidad cualificada. Cabe enfatizar que para imputar a una persona un acto dañoso no basta con la certificación de la relación causal material o física, sino que además se precisa la imputación objetiva del resultado o atribución del resultado, lo que en la determinación de relación de causalidad se conoce como causalidad material y jurídica.

Conforme la sociedad ha ido evolucionando a su vez el tema de la responsabilidad civil ha crecido de manera considerable. La expansión del derecho de la responsabilidad civil se manifiesta en muchos campos de los que podemos enumerar algunos: se amplía el campo de la responsabilidad objetiva; se conceden más indemnizaciones por razones de equidad, especialmente en el campo de la responsabilidad del Estado; se ha ampliado el número de los obligados a la reparación; se ha ampliado también el número de legitimarios activos con derecho a reclamar una reparación; se ha aumentado los daños reparables, especialmente en los daños extra patrimoniales; se diluye el concepto jurídico de culpa y se deduce su existencia en la conducta de los demandados de una manera fácil. (Velázquez, 2009). El concepto de antijuridicidad del daño y nexo causal han sufrido una transformación significativa pues se ha pasado del daño injustamente causado al daño injustamente sufrido; se ha enfatizado un desarrollo de los daños extra patrimoniales como expresión de una concepción de protección a la dignidad de la persona; se da una creciente protección a las víctimas por violación de derechos humanos admitiendo nuevas formas de reparación de los daños sufridos y ajustando los requerimientos del derecho tradicional de la responsabilidad al entorno de las víctimas en conflictos; la reparación del daño enfrenta cambios en la era del ciberespacio; el fortalecimiento de subsistemas de reparación de daños con principios propios como los derechos del consumidor, y la responsabilidad del estado.

En el marco de las leyes de la responsabilidad civil, en general, es un derecho en expansión, y a su vez el derecho de la responsabilidad civil está en un momento de indefinición, ya que hay una significativa expansión que sufre debido a las variadas teorías jurisprudenciales y doctrinales; sin embargo no debemos dejar de cuestionarnos si esta expansión de la responsabilidad civil es óptima para nuestro sistema de justicia, ya que si bien es cierto hay muchos jueces y abogados bien intencionados, que apoyan que todo perjuicio debe ser resarcido, reúna o no el caso los presupuestos de la responsabilidad civil; esto se da debido a una marcada protección a las víctimas o demandantes, dejando de lado muchas veces los derechos de los demandados; debemos tomar con pinzas esta expansión y ser responsables

como abogados, ya que en caso de rechazar las pretensiones desbordadas no hay una condena significativa que impida que los demandantes se aventuren a ir a litigio muchas veces sin un motivo justo, ya que tienen poco o nada que perder en caso de sentencia adversa y si tienen mucho que ganar en caso de una sentencia favorable.

Es importante explicar las obligaciones del médico para entender mejor cuanto abarca su responsabilidad. Se entiende por obligación a cualquier actividad que una persona ha de desarrollar en beneficio de otra impulsado por una causa que le impone como deber concreto una prestación determinada (Vicandi, 2017). Por otro lado, nuestro Código civil dice que toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa, de este precepto deriva dos categorías de obligaciones las cuales se denominan como obligaciones de medios o de resultados. La obligación de medios se explica con los contratos de servicios, al conformar exigencias de actividad tan solo requieren una actuación diligente por parte del obligado para que la deuda sea satisfecha, aunque no se logre el fin perseguido. En cuanto a las obligaciones de resultados suponen un plus en comparación con la anterior, ya que además del indispensable despliegue de medios, necesitan de la consecución de un objetivo, que se traduce en un resultado determinado.

En resumen, a pesar de la distinción de las obligaciones en función de que la prestación consista únicamente en desarrollar una actividad, o en lograr un determinado resultado en ambas se destaca una íntima relación entre la diligencia y el resultado: en la obligación de medios, teniendo presente el resultado aunque no forme parte de la obligación, y en la obligación de resultado, teniendo en cuenta la diligencia en el desarrollo de la actividad que da origen al resultado prometido (Arbesu, 2016). Planteamientos que, como se verá en el estudio de su aplicación en sede judicial al ámbito quirúrgico estético, gozarán una gran relevancia práctica. En efecto, para comprender en ocasiones el sentido de la prestación el resultado que espera el paciente es esencial, aunque la obligación sea de medios.

En este punto podemos entender que la obligación que cae sobre el galeno viene a ser de medios y también de resultados ya que uno se somete a una cirugía estética para lograr un cambio positivo, aunque estaríamos entonces entrando en el peligroso terreno de lo subjetivo, ya que el resultado esperado puede variar entre pacientes ya que en una cirugía estética y en general en los casos de estética no existe un parámetro establecido. En todo caso se vuelve muy necesario que exista una adecuada comunicación médico paciente y viceversa ya que el galeno con el fin de cumplir con su juramento hipocrático debe brindarle toda la información que sea necesaria para que así la expectativa del paciente se encuentre dentro de los parámetros que el doctor pueda cumplir evitando toda falta de comunicación y un posterior daño. En este

aspecto, debe primar el derecho a la información de paciente, en caso de que el paciente presente problemas de salud a consecuencia de la cirugía estética el daño se habría dado no en el resultado sino en los medios afectando de manera obvia al resultado mismo en el cual el galeno tendría que resarcir ese daño.

En materia de responsabilidad civil sanitaria se aplica el principio general de que toda persona responde de los daños que por su acción u omisión cause a otro interviniendo culpa o negligencia (Lledó, 2012). Resulta aplicable el principio consolidado: “unidad conceptual de la culpa civil” que posibilita la invocación conjunta o simultánea de la responsabilidad contractual y extracontractual. Véase la interesante sentencia de la audiencia provincial 09/12/2008 donde la responsabilidad extracontractual convive también con la contractual (aseguradora – asegurado), más la extracontractual (médico – enfermo). Esta sentencia consolida una doctrina legal que se remonta a otra sentencia del 28 de junio de 1997 en la que se da “la unidad de culpa” y en todo caso se debe responder por el daño causado, con nexo causal, que sufre la persona que ha sido atendida y que es el perjudicado por la acción u omisión de los profesionales en la medicina.

Los servicios que brindan los profesionales de la salud deben considerarse un trabajo de riesgo ya que a diario conviven con pacientes que ponen en sus manos su vida, su salud, y con ello un conjunto de derechos fundamentales que lo recubren, es por esto que este tema es tan controvertido ya que la responsabilidad civil médica debe servir tanto para resarcir las afectaciones que hayan sufrido pacientes que cayeron en manos de galenos que no fueron diligentes al atenderlos, como también para evitar que en el futuro exista esa falta de diligencia, es decir, que la responsabilidad médica sea una manera de prevenir futuros daños irreparables, como ya mencionamos al ser la medicina una labor riesgosa requiere de toda la atención y cuidado de parte de quienes la practican. Según Rodríguez (2008) la escuela cubana de medicina legal define como responsabilidad civil médica como: “La obligación que tienen los médicos de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos u omisiones cometidas en el ejercicio de la profesión y que estén jurídicamente previstos por la ley” (p.7). Para poder entender a la mala práctica y el daño como consecuencia de esta deben concurrir algunos presupuestos ya que para que esta acarree una responsabilidad deben converger varias condiciones como que el médico haya cometido una falta con respecto de su actividad profesional, y que dicha falta haya ocasionado el daño en el paciente, también debe existir una relación de causa efecto en, es decir, un lazo que una y evidencie que el acto médico erróneo es el causante del daño señalado.

Hay que señalar también el cambio que ha tenido el campo de la medicina que se pasó de que prácticamente no se le podía exigir nada al médico a una situación en la

que se entiende que es presumible la responsabilidad del médico hasta que se pruebe lo contrario. Esto se debe tratar con mucho cuidado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia ya que en la profesión médica no existen interpretaciones únicas ya que siempre estará implícita la incertidumbre ya que la medicina no es una ciencia exacta.

Acto médico

Las acciones que realizan los galenos cuando un paciente se acerca a su consultorio se denominan actos médicos, estos actos deben ir de la mano con los protocolos y la correcta *lex artis* del médico. Para el Dr. Bazán (2011) el acto médico es “el conjunto de acciones que recibe el paciente en los servicios de salud realizados por un profesional de la salud con el objeto de recuperar la salud” (p.15). Es todo lo relacionado con el paciente para tratar su enfermedad o dolencia, que comprenden la prescripción de medicamentos, intervenciones quirúrgicas y la prevención o tratamiento de enfermedades. Se pueden clasificar en 3: el acto médico eficaz por el cual la intervención del médico tuvo éxito con respecto a la mejoraría de salud del paciente; por otro lado, el acto médico dañino es cuando no se sigue los protocolos de la medicina y en consecuencia genera perjuicio físico y mental al paciente; y, por último, el acto médico ilegal el cual consiste en que el médico realiza actividades más prolongadas a fin de cobrar al paciente un monto mayor. Así como también abarca la realización de operaciones innecesarias para cobrar al paciente.

Es fundamental para entender el acto médico mencionar que la medicina es una ciencia inexacta ya que el cuerpo humano es impredecible, en este caso el actuar del médico está basado en la obligación de medios, sin embargo, Vicandi (2017) aclara que “la obligación de medios puede tornarse en una obligación de resultados si el acto médico se encuentra garantizado en lo que a consecución de un resultado se refiere” (p.28). Con el avance de la tecnología en la medicina los procedimientos médicos han evolucionado, por ejemplo, en el caso de las cirugías estéticas estamos frente a un acto médico que garantiza un resultado determinado.

La práctica médica es una profesión que se encuentra en constante cambio debido a la celeridad de los avances tecnológicos, es decir, que el derecho debe estar a la vanguardia respecto al acto médico, ya que puede ser sujeto de responsabilidad civil y las nuevas prácticas médicas que se vayan desarrollando generaran nuevos protocolos de la *lex artis* a fin de garantizar que se respete el derecho a la integridad, la vida y la salud.

Asistencia sanitaria

Son los servicios que brindan la entidad de salud y el médico tratante para reestablecerla salud del paciente o por parte de las entidades de servicio de salud.

De acuerdo a la International Alliance of patients congress (2012) la asistencia sanitaria centrada en el paciente se basa en cinco principios:

- “· Respeto. Cada paciente tiene sus valores, preferencias y perspectivas individuales. Un sistema de asistencia sanitaria centrada en el paciente es aquel que valora y respeta esas diferencias.
- Opciones y empoderamiento. Los pacientes tienen el derecho y la responsabilidad de involucrarse significativamente en las decisiones relacionadas con su salud.
- Participación en las políticas sanitarias. Los pacientes y las organizaciones de pacientes comparten la responsabilidad de participar como socios en todos los niveles de formulación de políticas sanitarias. Una participación honesta y sincera por parte de los pacientes permite la inclusión y consideración de ideas auténticas en los procesos de toma de decisiones.
- Acceso y apoyo. Los pacientes deben tener acceso a servicios, tratamientos, medicina preventiva y a las actividades de promoción de la salud.
- Información. Los pacientes dependen de información exacta y completa para tomar decisiones bien fundadas e informadas”. (párr. 5)

La asistencia sanitaria por tratarse de un servicio esencial para la vida de una persona enferma se ve exenta de solicitar autorización para acceder a los datos privados de las personas que vayan a un establecimiento sanitario a recibir tratamiento. Según Morillas (2012): “en el ámbito de la asistencia sanitaria señala que sin perjuicio de lo que se dispone en la ley respecto de la cesión, las instituciones, y los centros sanitarios públicos y privados y los profesionales correspondientes podrán proceder al tratamiento de los datos de carácter personal relativos a la salud de las personas que a ellos acudan o hayan de ser tratado en los mismos...” (p.15). Se entiende entonces que no será necesario el consentimiento del interesado para la comunicación de datos personales sobre la salud entre organismos o centros sanitarios, esto por la necesidad de obtener la mayor cantidad de información del paciente para brindarle el mejor servicio de salud, claro está que el manejo de dicha información personal debe ser tratada con criterio para no vulnerar sus derechos. Al respecto Gonzales (2019) afirma que:

(...) El ejercicio de la medicina y la asistencia sanitaria debe adaptarse al estado de la ciencia, es decir, tanto al conocimiento de las ciencias médicas como a los recursos de los que dispone el personal médico en todo momento (p. 54).

Esto nos lleva a pensar en que los médicos no tienen la obligación de curar o salvar a las personas, sino, procurar atenderlos de la manera más eficiente con las herramientas que la práctica médica y la ciencia les dan para lograr que los pacientes

obtengan el mejor tratamiento posible y no se menoscabe su derecho a acceder al mejor tratamiento para el mal que les aqueja. En ese sentido Batalla (2010) nos dice que:

...Cuando un reclamante no puede probar de ninguna manera que la asistencia u omisión médica fue la causa principal de la muerte o lesión del paciente, el reclamante puede, y en cualquier caso de continuar con el progreso de la reclamación, con base en la teoría de la pérdida de oportunidad, que no implica una indemnización total, sino una indemnización parcial, a nombre de daño intermedio (p. 84).

Generalmente la asistencia médica comprende de una obligación de medios ya que el medico se encuentra obligado a ofrecer un servicio de acuerdo a los protocolos propios de la profesión, con diligencia, es decir, que no se encuentra obligado a obtener resultados, sino a otorgar una adecuada atención. En la misma línea Varsi E. (2001) nos dice lo siguiente respecto a la asistencia médica o sanitaria:

El contrato de asistencia médica puede comprender dos tipos de obligaciones a cargo del médico: una obligación de medios o una obligación de resultado, dependiendo del fin perseguido. Usualmente, el contrato médico implica una obligación de medios, pues el médico no está obligado a curar sino a ofrecer la asistencia médica, de forma consciente y diligente, teniéndose en consideración el nivel del progreso científico (p. 104).

Entendemos entonces que la asistencia sanitaria tiene por un lado la obligación de medios que es la más frecuente debido a la naturaleza de la práctica médica ya que los galenos no están obligados a sanar sino a brindar una adecuada atención al paciente, y por otro lado tenemos la obligación de resultados, que aunque no es lo común en la práctica médica, se da cuando el resultado deseado es cierto, como en una transfusión de sangre, o en algún resultado clínico, ya que en estos casos los médicos están obligados a obtener resultados específicos. Al respecto Mosquera S. (2012) dice lo siguiente:

... Aunque un contrato de asistencia médica es un contrato de medios, hay aspectos de la prestación asistencial que tiene una obligación de resultado, a menudo realizada en pacientes hospitalizados. En este caso, la organización asume una obligación de medios para intentar restaurar la salud del paciente, pero al mismo tiempo asume una obligación de resultados de que el paciente no desarrollará enfermedades nuevas o adquiridas durante su hospitalización, lo que se conoce como patología hospitalaria (p. 124).

Análisis de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica desde la perspectiva del derecho civil.

Se puede determinar entonces que la asistencia sanitaria se debe de dar de manera oportuna al paciente, de manera tal que se garantice una atención que salvaguarde la salud del mismo, en ese sentido, en una asistencia sanitaria se debe garantizar que el enfermo no se vea perjudicado cuando se encuentre internado, es decir, que debe cuidarse que no adquiera ninguna enfermedad o patógeno extra en su estancia en el lugar, esto se entiende está dentro de la obligación de medios de la asistencia sanitaria.

En la actualidad con el avance de la medicina debido al desarrollo de las tecnologías se ha evolucionado la asistencia sanitaria, ya que tenemos en la actualidad intervenciones médicas en las que existe la obligación de resultados, como las intervenciones sobre cirugías plásticas, en las que los pacientes exigen los resultados ofrecidos, es así, que la asistencia sanitaria en este aspecto tiene obligaciones de medio y de resultados.

Reparación civil

Todo daño ocasionado debe ser resarcido, es así que la reparación civil juega un papel fundamental cuando se trata de responsabilidad civil, ya que la reparación es el fin que se persigue para lograr restituir el daño ocasionado, es necesario que la cuantía vaya de acuerdo a la magnitud del perjuicio sufrido, ya que la finalidad la reparación civil es, valga la redundancia, reparar el daño producido. Para el civilista peruano Espinoza (2006) la reparación civil:

Implica la imposición de una obligación al causante de un daño, una vez que se haya acreditado un supuesto de responsabilidad civil, en favor del dañado, consistente en una prestación de suma dineraria, indemnización equivalente, o en una prestación de hacer o no hacer, indemnización específica; sin embargo, estas prestaciones no son excluyentes entre sí (p.277).

En el Código Penal peruano, conforme consta en el artículo 93, la reparación civil comprende la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y la indemnización de los daños y perjuicios, rigiendo para tal efecto, no sólo la ley penal, sino, además, de las disposiciones del Código Civil, de tal forma que, se cubra la indemnización por el daño emergente y lucro cesante.

Es así que concluimos que la reparación civil se impone, conjuntamente con una pena, al autor de un acto ilícito, que acarrea un daño, mediante el pago de un monto resarcitorio. Es así que la reparación civil comprende el daño cometido por el autor de un acto ilícito, quien se encuentra obligado a compensar dicho daño, mediante la imposición de un monto equivalente al daño producido.

Nexo causal

En relación al nexo causal es esencial decir que es un componente obligatorio para atribuir la responsabilidad de un hecho dañoso ya que sin este es imposible determinar la responsabilidad del agente que ocasiona el daño y no se podría enlazar el comportamiento dañoso y el daño ocasionado, al respecto Diaz (2018) nos dice que:

La causalidad es la relación necesaria y efectiva entre el hecho que origina el daño y los daños demostrados, en este sentido su importancia radica la determinación del daño y el perjuicio que se debe reparar. Es así que, su adecuado manejo tiene un impacto directo en la cuantificación del monto de la indemnización reconocida por los daños causados. Por tanto, es evidente que el hecho dañino que provoca un resultado perjudicial a la víctima tiene una causa, y esta es el nexo causal que significa la producción de un daño antijurídico por una conducta o una omisión (pp. 11-12).

Es importante en un proceso de responsabilidad civil, determinar correctamente el nexo causal ya que es este el que entrelaza el actuar del médico y la pérdida de oportunidad ocasionada por el daño, en la misma línea Ceballos L. (2016) nos dice que: “Entre el hecho generador imputable y el daño debe haber un nexo causal jurídicamente relevante que permita afirmar que ese hecho fue el causante del daño que se reclama” (p. 29). En la misma línea, en materia de pérdida de oportunidad, el nexo causal debe determinar cómo se entrelaza el actuar del médico y la pérdida de la oportunidad de una mejora o de un mejor tratamiento frente a una determinada enfermedad o dolencia, siendo esto materia de probabilidades, ya que, al hablar de una pérdida de oportunidad, se entiende de la probabilidad perdida frente a un actuar poco diligente por parte del galeno, siendo ahí cuando se genera el daño. Siguiendo en la misma línea Estrella (2009) menciona que:

El nexo de la relación causal está considerado como el elemento esencial de la responsabilidad civil; de ahí, la importancia de que la acción antijurídica no es punible si no media entre el hecho imputable y el daño, el nexo de causalidad para que el autor de ese comportamiento deba indemnizar el perjuicio (p. 88).

Se entiende entonces, según lo mencionado por la autora, que entre el proceder del médico y el daño debe haber una relación de causalidad ya que sin esta no se podría producir una responsabilidad, ya que la víctima tendrá que demostrar la relación existente, así mismo el médico tendrá que defenderse probando la inexistencia de

este nexos. Esto quiere decir que el acto del obligado a indemnizar debe ser la causa de la producción del resultado dañoso a la víctima.

Indemnización

En el ámbito civil cuando un individuo ocasiona un daño este debe ser reparado de manera que se logre regresar las cosas al estado en que se encontraba antes del daño impartido, usualmente esta compensación es monetaria, algunos autores en la doctrina no se ponen de acuerdo ya que para algunos la indemnización tiene carácter resarcitorio, y otros lo consideran de carácter sancionatorio. Según Osterling (2010):

La manera de reparar las consecuencias dañosas de cuando ocurre algún tipo de daño se le llama indemnización, la que usualmente se traduce en una suma de dinero que busca resarcir el daño ocasionado al afectado, en ese sentido para que haya responsabilidad civil es necesario un hecho causante y un daño causado por ese hecho, es decir que el hecho ocurrido debe ser la causa y el daño ocasionado debe ser su consecuencia y entre estos debe existir inevitablemente una relación de causalidad (p. 3).

Entendiendo que la indemnización es la suma de dinero que recibe la víctima después de haber sufrido un daño, el propósito del dinero recibido por la víctima se encuentra dividido a nivel doctrinal ya que cierto sector piensa que su carácter es resarcitorio y por otro lado otro sector nos dice que es de carácter punitivo o sancionatorio. En esa misma línea Parodi F. (2010) indica que:

Resulta obvio, a mi entender, que en materia de responsabilidad civil la reparación del daño es una obligación de naturaleza civil, a diferencia de las penas de privación de la libertad, que son punitivas y privativas y que operan en materia penal (p. 11).

Respecto a la proporcionalidad y coherencia, la indemnización debe ser proporcional a la oportunidad, es decir, que si un paciente tenía el 40 por ciento de probabilidades de sobrevivir si le hacían un diagnóstico adecuado y solo el 20 por ciento si el diagnóstico no era correcto, lo más probable hubiese sido que el paciente no sobreviviera, en ese sentido no podría decirse que el mal diagnóstico le ocasiona la muerte (Trazegnies, 2004). Sin embargo, este diagnóstico errado arrebató el derecho de gozar del veinte por ciento más de probabilidades de vivir. Por lo anterior se deduce que esa privación del porcentaje de sobrevivir sería el bien jurídicamente protegido.

Negligencia médica

La negligencia médica es el incumplimiento de los principios de la profesión, es así que los médicos caen en negligencia médica cuando lo que deben hacer no lo hacen o sabiendo lo que no deben hacer lo hacen, ocasionando daño a los pacientes. En ese sentido, la negligencia médica es el descuido, omisión y falta de diligencia en la realización de un acto médico, es la carencia de atención durante un acto médico, es un hacer menos, dejar de hacer o hacer lo que no se debe. Es una forma de imprudencia pasiva y abarca el olvido de las precauciones impuestas por la prudencia, cuya observancia habría evitado el daño (Huitalla, 1998). La negligencia médica se da cuando el galeno ha realizado menos de lo que debía realizar en un acto médico, esto puede conllevar a un daño irreversible que puede ser materia de responsabilidad civil.

Es muy importante que el médico se encuentre alineado a los protocolos y a la *lex artis* de los médicos cuando se encuentre brindando un servicio médico, ya que si por negligencia dejara de hacer alguna acción, podría perjudicar al paciente de manera irreversible, bien ocasionando una pérdida de oportunidad de obtener un tratamiento mejor, o hasta con la pérdida de la vida.

Mala Praxis

Estamos frente a una mala praxis médica cuando un galeno actúa con impericia, realizando acciones que no cumplan con el correcto desenvolvimiento de un médico en actividad, es por eso que los profesionales de la salud deben tener un comportamiento pegado a las normas y a los deberos que emanan de la profesión. Según el jurista Tiffer (2001), citado por Barrantes (2021), la mala praxis se manifiesta cuando:

Ocurre un daño en la salud de una persona, como efecto del accionar profesional debido a la imprudencia, impericia, negligencia o por no cumplimiento de las normas jurídicas respectivas o por falta a los deberes profesionales (p.43).

Es importante tener en cuenta que el médico debe estar sujeto siempre que se encuentre desarrollando su profesión a los deberes profesionales que se le exigen, ya que se trata de una profesión en la que se tiene en las manos el bien jurídico protegido por excelencia, la vida. Para Artiles (como se citó en Deza, 2020) la mala praxis puede definirse como: “La infracción o imprudencia cometida en ocasión del ejercicio de la profesión, que vinculada al sector de la salud provoca efectos sobre la vida o la salud del asistenciado; por ello se puede exigir responsabilidad jurídica” (p.19). Dicho esto, la mala praxis genera responsabilidad médica civil y/o penal en razón al daño causado al cuerpo y salud de la persona, sea daño total o parcial, como consecuencia del accionar del médico profesional realizado con imprudencia, impericia o negligencia.

1.2 Formulación del problema

1.2.1 Problema General

¿En qué consiste el análisis de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil medica desde la perspectiva del derecho civil?

1.2.2 Problemas específicos

- ¿Cómo se aplica la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil medica desde la perspectiva del derecho civil?
- ¿Cuáles son los factores para determinar la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica desde la perspectiva del derecho civil?
- ¿Cómo se determina la indemnización por la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil medica desde la perspectiva del derecho civil?

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo general

Analizar la teoría de la perdida de oportunidad en la responsabilidad civil medica desde la perspectiva del derecho civil.

1.3.2. Objetivos específicos

- Analizar la aplicación de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil medica desde la perspectiva del derecho civil.
- Explicar cuáles son los factores para determinar la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica desde la perspectiva del derecho civil.
- Determinar la indemnización por pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil médica desde la perspectiva del derecho civil.

1.4.Hipótesis

El análisis de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica se configura en la relación de causalidad entre la conducta del médico y el daño causado, ya que es importante para determinar la responsabilidad del médico por la pérdida de oportunidad de obtener un resultado favorable para la salud del paciente.

1.4.1. Hipótesis general

La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil medica consiste en la cierta pérdida de una alternativa de tratamiento y la posible mejoría del estado de salud del paciente, provocado por el comportamiento del médico, quien deberá obrar con diligencia y profesionalismo en la asistencia inmediata de un paciente.

1.4.2. Hipótesis específicas

- La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica se aplica a los supuestos de error o retraso en el diagnóstico o de la asistencia tardía en el centro sanitario, por los profesionales de la medicina y los establecimientos de salud
- Los factores para determinar la pérdida de oportunidad son, en primer lugar, la certeza de que se ha afectado el interés jurídico representado por la expectativa, la cual debe ser cierta, razonable y fundada. Segundo, la pérdida de oportunidad es la pérdida en sí misma, más no el daño final de lo que se pretendía evitar o lo que se esperaba ganar. Finalmente, la pérdida de oportunidad debe ser irreversible, no debe existir alguna posibilidad de que cambie el estado de una expectativa frustrada.
- La indemnización por la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica se determina tomando en cuenta el grado de probabilidad de obtener un beneficio final y las patología previas del paciente, lo que conlleva a una indemnización parcial.

CAPÍTULO II. METODOLOGÍA

En este capítulo determinaremos el método mediante el cual nos permitirá estudiar el objeto de estudio a profundidad; asimismo se definirá el tipo de investigación y los instrumentos que se emplearan para recopilar datos.

2.1. Tipo de investigación

Nuestra investigación se va a desarrollar bajo un enfoque cualitativo porque permite analizar las distintas aristas que comprende el estudio de la teoría de la pérdida de la oportunidad y la responsabilidad civil médica. Se ha optado por este enfoque por la misma naturaleza de las fuentes a investigar que serán jurisprudencia y entrevistados especializados en el tema, con respecto a la pertinencia de este enfoque Quecedo y Castaño (2012) afirman que:

El diseño cualitativo, se adapta especialmente bien a las teorías sustantivas, ya que facilita una recogida de datos empíricos que ofrecen descripciones complejas de acontecimientos, interacciones, comportamientos, pensamientos que conducen al desarrollo o aplicaciones de categorías y relaciones que permiten la interpretación de los datos. En este sentido el diseño cualitativo, está unido a la teoría, en cuanto que se hace necesario una teoría que explique, que informe e integre los datos para su interpretación. (p.12)

Cabe destacar que el enfoque cualitativo es muy importante para lograr comprender los temas de investigación que no sean cuantificables, es decir, que es necesario para la interpretación de datos, para la interpretación que guarda relación con el universo social y el mundo representacional del ser humano, además es pertinente cuando se conoce poco de un tema y se quiere generar conocimiento acerca de él, como en el caso de esta investigación, en ese sentido Morse (2003) menciona que:

Cuando se sabe poco acerca de un tema, cuando el contexto de la investigación es comprendido de manera deficiente, cuando los límites del campo de acción están mal definidos, cuando el fenómeno no es cuantificable, cuando la naturaleza del problema no está clara o cuando el investigador supone que la situación ha sido concebida de manera restrictiva y el tema requiere ser rencaminado (...) Los métodos cualitativos pueden ser empleados confiables y válidamente para evaluar, para documentar mecanismos de cambio micro analíticamente y para registrar transformaciones estructurales de la sociedad. (p.833)

En ese sentido, este tipo de investigación es multimetódica, ya que se emplean distintos criterios como el análisis documental, análisis de teoría y entrevista a especialistas para lograr dar respuesta a nuestra pregunta general y específicas planteadas en la

investigación. Al respecto Ñaupas, Mejía, Novoa y Villagómez (2014, p. 356) mencionan que esta metodología “es interpretativa, inductiva, multimetódica y reflexiva. Las preguntas de investigación y la hipótesis surgen como parte del proceso investigativo. Emplea métodos de análisis y de explicaciones flexibles y sensibles al contexto social en el que los datos son producidos”.

Esta investigación se sistematiza en el estudio de dos variables, la primera categoría es la teoría de la pérdida de la oportunidad, se ha tomado como dimensiones: el error y retraso de diagnóstico y la falta de información y consentimiento informado. La segunda variable es la responsabilidad civil médica y se ha considerado como dimensiones: el acto médico, y la asistencia sanitaria, la reparación civil, el nexo causal, la indemnización, y la negligencia médica. Este enfoque cualitativo permitirá interpretar y comprender el objeto de estudio a través del análisis de las variables ya mencionadas, de esta manera se podrán analizar desde la perspectiva del derecho civil.

2.2. Diseño de investigación

Según Hernández Et. Al. (2003, p.184), el diseño se refiere “al plan o estrategia concebida para obtener la información que se desea”. De lo anterior, el diseño de la investigación es no experimental de corte transversal; toda vez que no existe manipulación de variables, solo se analiza el contexto, una situación jurídico – social de las variables; también es descriptiva ya que se ha cumplido con definir, investigar, analizar y describir las variables, por un lado, respecto al análisis de la teoría de pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica. Dentro de las tradiciones de la investigación cualitativa se ha escogido el diseño de estudio de caso porque, al no existir mucha teoría e investigación sobre el tema, es pertinente su aplicación para contribuir con la generación de conocimiento jurídico sobre ello. Con respecto al estudio de caso es pertinente citar Eisenhardt, referenciado por Martínez (2006):

De allí que Eisenhardt (1989) conciba un estudio de caso contemporáneo como “una estrategia de investigación dirigida a comprender las dinámicas presentes en contextos singulares”, la cual podría tratarse del estudio de un único caso o de varios casos, combinando distintos métodos para la recogida de evidencia cualitativa y/o cuantitativa con el fin de describir, verificar o generar teoría. (p. 174)

Tal como menciona la cita cuando un tema no está lo suficientemente investigado se puede aplicar este diseño y elegir para el estudio uno o varios casos que pertenezcan el tema propuesto y analizarlo para poder generar nuevos conocimientos o para contrastarlos con la teoría planteada hasta el momento de la ejecución de la investigación.

2.3. Universo y muestra (Materiales, instrumentos y métodos)

2.3.1. Universo:

El universo es el conjunto de individuos o elementos de los que se desea percibir o entender algo en una investigación. Es la totalidad de individuos donde puede presentarse determinadas cualidades susceptibles de ser observadas o estudiadas. Según Hernández, Fernández y Batista (2014) “la población como un conjunto de todos los casos que concuerdan con determinadas especificaciones”. (p. 174). El universo del presente estudio está conformado por Sentencias emitidas por la Sala civil de la Corte Suprema y Sentencias internacionales en materia de responsabilidad médica por error de diagnóstico o diagnóstico tardío.

Por lo tanto, para esta investigación se considera como universo a la jurisprudencia nacional e internacional, para ello se analizó las sentencias emitidas por los tribunales de Colombia, España, Argentina y Chile, donde radican más la problemática acerca de la responsabilidad médica y la aplicación de la teoría de pérdida de oportunidad, asimismo se analizó las sentencias emitidas por la Corte Suprema Civil peruana que valoran la pérdida de chance u oportunidad en la determinación de indemnización por daños y perjuicios.

El tema de investigación, en el territorio peruano, es de muy poca aplicación por parte de los operadores judiciales y más aún en el ámbito sanitario por lo que se cuenta con un universo de estudio limitado; sin embargo, se aplica en otros países que desarrollan mucho más el tema tanto en doctrina como en jurisprudencia. Es por ello que el desarrollo de la investigación presente se dará a través del análisis documental en el ámbito sanitario en los cuales se han aplicado la teoría de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica tanto en el Perú como en el extranjero.

2.3.2. Muestra

Para el proceso de esta investigación se aplicará el muestreo no probabilístico debido a que las muestras son seleccionadas de acuerdo al criterio del investigador. Hernández, Fernández y Batista (2014) afirman que “la muestra no probabilística o dirigida es un subgrupo de la población en la que la elección de los elementos no depende de la probabilidad, sino de las características de la investigación”. (p.176). El muestreo no probabilístico es una técnica en la que las muestras escogidas se alcanzan en un proceso que no brinda a todas las personas u objetos de estudio las mismas posibilidades de ser escogidas. Al respecto Monje (2011) menciona que:

En la muestra no probabilística la selección no depende del azar, los elementos se escogen de acuerdo a unas características definidas por el investigador o la investigación, es decir depende de decisiones de personas por lo tanto suelen estar sesgadas. (p.126)

Análisis de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica desde la perspectiva del derecho civil.

Así también, se considerará para esta investigación aplicar el muestreo por conveniencia porque posibilita al investigador acceder a la muestra de acuerdo a sus condiciones de factibilidad. Al respecto Izcara (2014) afirma que: “La muestra se fundamenta en la selección de aquellos individuos más accesibles al investigador, que pueden ofrecer la mayor cantidad de información”. (p.78). Es decir, estas muestras estarán compuestas por los casos disponibles a los que se tiene acceso, que para el caso de esta investigación son las sentencias escogidas y los especialistas elegidos para entrevistar. Por último, para el diseño de las muestras se empleará el criterio de muestreo teórico, ya que este método ayuda en la recolección, codificación y análisis de datos para poder generar una teoría o contrastar los conceptos ya existentes con lo que sucede en la realidad. Al respecto Hernández, Fernández y Batista (2014) menciona que:

Las muestras teóricas o conceptuales cuando el investigador necesita entender un concepto o teoría, puede muestrear casos que le sirvan para este fin. Es decir, se eligen las unidades porque poseen uno o varios atributos que contribuyen a formular la teoría. (p.389)

Para esta investigación se tomará en cuenta los tipos de muestreo antes descritos (No probabilístico, por conveniencia y teóricas), por lo tanto, para cumplir con estos parámetros clasificatorios se ha determinado que la muestra de este trabajo estará conformada por 13 sentencias nacionales e internacionales:

MUESTRA DE CASOS INTERNACIONALES:

Nombre del caso	Materia	País
<i>Cuadro informativo del expediente 25706 de la Sala Contencioso administrativo de Colombia</i>	<i>Acción de reparación directa</i>	<i>Colombia</i>
<i>Cuadro informativo del expediente 66001 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Colombia</i>	<i>Acción de reparación directa</i>	<i>Colombia</i>
<i>Cuadro informativo del expediente 11001 de la Sala</i>	<i>Responsabilidad civil contractual</i>	<i>Colombia</i>

<i>de lo Contencioso Administrativo de Colombia</i>		
<i>Cuadro informativo de la sentencia 1427/2016 de la Sala del Tribunal Supremo de España</i>	<i>Indemnización por responsabilidad civil contractual – casación</i>	<i>España</i>
<i>Cuadro informativo de la sentencia 392/2017 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de España</i>	<i>Responsabilidad patrimonial de administración</i>	<i>España</i>
<i>Cuadro informativo de la sentencia 268/2012 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de España</i>	<i>Indemnización por responsabilidad patrimonial</i>	<i>España</i>
<i>Cuadro informativo del expediente 160.101 del Juzgado Civil y Comercial N°4 de Argentina</i>	<i>Indemnización daños y perjuicios</i>	<i>Argentina</i>
<i>Cuadro informativo del expediente 10.117/97 de la Cámara Nacional Civil de Argentina</i>	<i>Indemnización por daños y perjuicios</i>	<i>Argentina</i>
<i>Cuadro informativo del expediente N°41.890-2017 de la Corte Suprema de Chile</i>	<i>Indemnización de perjuicios</i>	<i>Chile</i>

MUESTRA DE CASOS NACIONALES:

Nombre del caso	Materia	País
Casación 1379-2009	Obligación de dar suma de dinero	Lima
Casación 2469-2018	Indemnización por daños y perjuicios	Arequipa
Casación 5530-2017	Indemnización por daños y perjuicios	Sullana
Casación 3101-2009	Indemnización por daños y perjuicios	Lima

Además de ello se incorporará una muestra de expertos a los cuales se les entrevistará debido a su conocimiento o participación en el tema investigado, al respecto Baptista, Fernández y Hernández (2014, p. 387) plantean que “en ciertos estudios es necesaria la opinión de expertos en un tema. Estas muestras son frecuentes en estudios cualitativos y exploratorios para generar hipótesis más precisas o la materia prima del diseño de cuestionarios”. En esta muestra se ha considerado entrevistar como especialistas en Derecho Civil a:

- a.- Dr. Jairo Cieza.
- b.- Dr. Julio Escobar Andia.
- c.- Dr. Carlos Valdivia.

2.4. Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos

Para la recolección de la información se utilizará el análisis de documentos, y se aplicará a diversas sentencias de la jurisprudencia nacional e internacional que permitirá tener una perspectiva de cómo se manejan los casos en las distintas instancias. Esta información obtenida en documentos jurisprudenciales nos lleva a utilizar como técnica de recolección de datos el análisis documental, ya que el propósito principal de la investigación es estudiar la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil medica desde la perspectiva del derecho civil y dicha jurisprudencia permitirá investigar el tema con mayores argumentos. Al respecto Corbetta (2007) afirma que:

Otra fuente de información de origen judicial son las sentencias dictadas por los tribunales. Estas suelen ser muy detalladas, reproducen los hechos, las distintas posturas surgidas durante el juicio y las motivaciones de la sentencia. Por ello constituyen una documentación excelente sobre la

Análisis de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica desde la perspectiva del derecho civil.

sociedad y los valores dominantes. Estas sentencias suelen publicarse periódicamente (p. 394).

Este análisis documental permitirá recopilar información acerca de la aplicación de la guía de análisis documental en los ámbitos jurídicos nacional e internacional, con lo cual se procederá a comprar la data obtenida y a realizar la discusión de esta para obtener conclusiones sistematizadas con respecto al objeto de estudio. La aplicabilidad de esta técnica se sustenta en los instrumentos elaborados para realizarla que son las fichas de análisis documental.

FICHA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL:

ORGANO	
SEDE	
MATERIA	
PROCEDIMIENTO	
DEMANDANTE	
DEMANDADO	
HECHOS	
N° RESOLUCION	
FALLO 1° INSTANCIA	
FALLO 2° INSTANCIA	

En este estudio también se utilizará la técnica de la entrevista cualitativa para conocer la perspectiva y experiencia de los especialistas en el tema. Para esta investigación, es importante conocer la opinión de expertos en materia civil para que puedan aportarnos, a través de su experiencia jurídica, nuevos conceptos u opiniones que puedan contribuir al propósito de esta investigación. Al respecto Balcázar (2013) menciona que: “Cabe subrayar que las entrevistas a profundidad permiten conocer a la gente los bastante bien como para comprender lo que quiere decir, y crear una atmósfera en la cual se exprese libremente”. (p.60). La aplicabilidad de esta técnica se sustenta en la elaboración de sus instrumentos que son los cuestionarios, los cuales están alineados con los objetivos y las preguntas de esta investigación.

FICHA DE ENTREVISTA

Nombre completo:

Grado de instrucción:

Cargo actual:

1. ¿Cuál es su percepción acerca de la teoría de la pérdida de la oportunidad o chance?
2. ¿De qué manera se aplica la teoría de la pérdida de la oportunidad o chance en la responsabilidad civil médica en la legislación nacional?
3. ¿Considera usted que la teoría de la pérdida de oportunidad o chance se adecúa con los presupuestos de la responsabilidad civil médica? ¿En qué medida lo hace?
4. Algunos autores indican que la pérdida de una oportunidad o chance constituye una zona gris limítrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro, ¿Qué opinión le merece?
5. ¿Considera que la teoría de la pérdida de la oportunidad o chance puede servir como instrumento disuasivo contra el error o retraso en el diagnóstico o la asistencia tardía de los profesionales de la salud?
6. ¿Qué opina de que la indemnización por los daños y perjuicios en aplicación de la pérdida de la oportunidad se determine comprobando la existencia de incertidumbre?
7. ¿Qué daños acarrea la falta de diligencia del médico en el paciente en el ámbito civil?(daños a la personalidad y daño moral)
8. ¿Qué opina de que la pérdida de oportunidad o chance sea calificado como daño emergente?
9. ¿Qué diferencia existe entre la pérdida de oportunidad o chance con el daño lucro cesante?
10. ¿Cuáles considera las principales dificultades al determinar la indemnización por daños y perjuicios en la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad?

2.5. Validez y confiabilidad:

Para la ejecución del trabajo de recopilación sistematizada de la información se ha recurrido a la validez por juicio de expertos, esto se aplicó para determinar la validez de los instrumentos por ello se pidió a los jueces que analicen las preguntas de los cuestionarios y las fichas de análisis de documentos, se escogió a estos especialistas por su trayectoria profesional, ya que podían sugerir las mejoras necesarias, por ese motivo, se recurrió a los siguientes profesionales:

Evaluador 1: Julio Escobar Andia.

Evaluador 2: Manuel Ibarra Trujillo.

Evaluador 3: Antoli Casamayor Mendez

El proceso de validación con los expertos ha aprobado los instrumentos con un buen porcentaje, indicando que pueden ser usados tal como se encuentra. El procedimiento de la validez de expertos fue el siguiente:

- a. Se eligió a tres evaluadores por tener conocimientos sobre los temas de estudio a ser evaluador de la prueba.
- b. Se elaboró una carta en la cual se invita al evaluador a participar en el estudio, adjuntando un ejemplar de la prueba y las definiciones de los aspectos que van a ser analizados, indicándose además que debe evaluar.
- c. Se entregó el material a cada juez y se coordinó con cada uno el recojo de su evaluación respectiva.
- d. Los jueces validaron los instrumentos enviados

2.6. Aspectos éticos:

La presente investigación ha obtenido la información sin alterar el objetivo de este, sin plagio y guarda toda la ética pertinente con lo que respecta a este tipo de estudio, ha utilizado el citado conforme a las normas establecidas, por lo tanto, esta investigación carece de copia ya que todas las citas, referencia u bibliografía ha sido colocada conforme lo requerido.

CAPÍTULO III. RESULTADOS

En este capítulo, en primer lugar, se van a considerar los resultados obtenidos de las entrevistas estructuradas realizadas a especialistas del Derecho Civil, específicamente abogados de nacionalidad peruana expertos en la materia de responsabilidad civil, que servirá de soporte a nuestra hipótesis en la presente investigación, y en segundo lugar los hallazgos obtenidos de una búsqueda intensiva de casos internacionales y nacionales donde se apliquen la teoría de pérdida de oportunidad en el ámbito sanitario.

Técnica Entrevista

Tabla 1

Entrevista a expertos. Pregunta 1

<i>Pregunta</i>	<i>Dr. Jairo Cieza</i>	<i>Dr. Julio Escobar Andia</i>	<i>Dr. Carlos Valdivia</i>
¿Qué es la teoría de la pérdida de oportunidad o chance?	La teoría de la pérdida de oportunidad es importante dentro de la responsabilidad civil, la cual implica la indemnización de probabilidades; decir, el resarcimiento por la frustración de expectativas.	Daño causado por la pérdida de oportunidad; para que sea efectivizado deberá existir una gran probabilidad de que al no participar en dicha actividad, demostrando que he me visto afectado por una pérdida patrimonial.	Probabilidad suficiente de una frustración que se da a consecuencia de un culpable, probabilidad que deberá verificarse. Deberá existir una certeza, no solo el azar, sino una probabilidad que garantice un éxito total.

Tabla 2

Entrevista a expertos. Pregunta 2

<i>Pregunta</i>	<i>Dr. Jairo Cieza</i>	<i>Dr. Julio Escobar Andia</i>	<i>Dr. Carlos Valdivia</i>
<p>¿De qué manera se aplica la teoría de la pérdida de oportunidad o chance en la responsabilidad civil médica en la legislación nacional?</p>	<p>La responsabilidad civil médica se encuentra regulada por norma especial y norma general. En la norma especial se aprecia la Ley General de Salud, estableciendo en uno de sus considerandos que los médicos responden civilmente por dolo o culpa por los actos dañosos que haya podido generar; asimismo que la estructura sanitaria responde de manera solidaria por los mismos. De manera general, la responsabilidad civil médica, en el Código Civil, está prevista en responsabilidad civil contractual, en inexecución de obligaciones, o la prestación parcial, tardía o defectuosa. El artículo 1325° del Código civil establece que el deudor responde frente al acreedor por los actos dolosos o culposos realizados por los terceros a su cargo o dependientes.</p>	<p>Es muy poca la aplicabilidad de la pérdida de la chance. La pérdida de oportunidad usualmente es aplicable como daño patrimonial, pero debería ser tratado también como pérdida extra patrimonial.</p>	<p>En el año 2000, La Corte Superior de Justicia de Piura, resolvió un caso por mal diagnóstico de un trabajador de Petroperú, que le detectaron tardíamente el cáncer que padecía, al final este caso fue resuelto no propiamente como pérdida de chance sino como una situación de resarcimiento por lucro cesante.</p>

Tabla 3

Entrevista a expertos. Pregunta 3

<i>Pregunta</i>	<i>Dr. Jairo Cieza</i>	<i>Dr. Julio Escobar Andia</i>	<i>Dr. Carlos Valdivia</i>
<p>Considera usted que la teoría de la pérdida de oportunidad o chance se adecua con los presupuestos de la responsabilidad civil médica? ¿En qué medida lo hace?</p>	<p>La pérdida de oportunidad es un daño autónomo, en el cual el sujeto dañado, quien sufrió un menoscabo a su salud, tiene la facultad para exigir el resarcimiento por frustración de expectativas, como por ejemplo una persona que iba a realizar una serie de actividades y no pudo realizarlas por consecuencia de una mala praxis médica.</p>	<p>Si efectivamente con los cuatro presupuestos de la responsabilidad civil, en primer lugar la antijuricidad, si el médico no cumple con un protocolo establecido, está incumpliendo con una conducta típica porque está establecido como tal dentro de las normas en la legislación médica.</p>	<p>Si, efectivamente, la pérdida de la chance se ha desarrollado más en Argentina y Brasil. Existió un caso que se dio en curativa en Brasil en que una persona que sufrió un accidente fue llevado a un hospital y no lo atendieron por cuatro horas, pasado esa hora recién lo evalúan pero ya el paciente había fallecido, lo que sus familiares pidieron una indemnización por perdida de chance por frustrar la posibilidad de sobrevivencia.</p>

Tabla 4

Entrevista a expertos. Pregunta 4

<i>Pregunta</i>	<i>Dr. Jairo Cieza</i>	<i>Dr. Julio Escobar Andía</i>	<i>Dr. Carlos Valdivia</i>
<p>Algunos autores indican que la pérdida de oportunidad o chance constituye una zona gris limítrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro ¿Qué opinión le merece?</p>	<p>En el derecho encontramos situaciones en el umbral que a veces no se sabe que teorías o normas aplicar; a pesar de ello, el operador jurídico se encargara de interpretar y determinar la norma aplicable en función a la legislación peruana y comparada, la doctrina o jurisprudencia.</p> <p>Resulta importante llenar la falta de certeza a través de la doctrina, jurisprudencia o legislación.</p>	<p>En la pérdida de la chance, la gran diferencia que existe con el lucro cesante, que uno es cierto y el otro, incierto. En el lucro cesante, el daño es cierto y cuantificable de manera inmediata; en cambio, en la pérdida de chance, el daño es incierto hasta probar la probabilidad.</p>	<p>La pérdida de la chance va dirigida a considerar que hasta que exista un límite consecucional y hay un autor identificado de ese hecho las repercusiones directas e indirectas y causales de un hecho pueden ser infinitas. Hay que demostrarse que esas probabilidades, en el supuesto de un caso de responsabilidad civil por mala praxis médica, tiene que circunscribirse a que esa persona si hubiera tenido el diagnóstico adecuado y exista probabilidades de 50%+1 de curarse, ahí esa persona deberá ser resarcida, para ello deberá existir una causalidad adecuada.</p>

Tabla 5

Entrevista a expertos. Pregunta 5

<i>Pregunta</i>	<i>Dr. Jairo Cieza</i>	<i>Dr. Julio Escobar Andia</i>	<i>Dr. Carlos Valdivia</i>
<p>¿Considera que la teoría de la pérdida de oportunidad o chance puede servir como instrumento disuasivo contra el error o retraso en el diagnóstico o la asistencia tardía de los profesionales de la salud?</p>	<p>Dentro de las funciones de la responsabilidad civil se encuentra primordialmente la función reparadora, función punitiva y desincentivadora. Ante una frustración de la expectativa del paciente o dañado este tiene que ejercer la tutela resarcitoria, si esta se concreta de manera efectiva va a generar una función desincentivadora para que otras clínicas tengan en cuenta que el poder judicial o un árbitro están sancionando de manera eficiente y reparando a la víctima, restableciéndola en una situación anterior a la generación del evento dañoso.</p>	<p>Sin duda, al comenzar a ser consuetudinario el tema de la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad puede incidir en que los demás médicos puedan cumplir con su función como tal y evitar que las personas puedan ser dañadas de manera moral, porque puede realizarse algo en favor de su salud.</p>	<p>Falta más desarrollo doctrinario. En argentina existe mayor desarrollo jurisprudencial, lo cual hace que no existe actitud de demora o negligencia por parte del médico y así tome las medidas adecuadas para dar un buen diagnóstico.</p>

Tabla 6

Entrevista a expertos. Pregunta 6

<i>Pregunta</i>	<i>Dr. Jairo Cieza</i>	<i>Dr. Julio Escobar Andia</i>	<i>Dr. Carlos Valdivia</i>
<p>¿Qué daños acarrea la falta de diligencia del médico, en casos de error o retraso en el diagnóstico o la asistencia tardía, en el paciente en el ámbito civil?</p>	<p>La falta de diligencia del médico ocasiona daños patrimoniales y no patrimoniales en el paciente, consistente en el detrimento patrimonial inmediato, es decir daño emergente, o la pérdida de utilidades denominado daño lucro cesante, y no patrimonial correspondiente al daño moral (angustia y dolor) o daño a la persona.</p>	<p>Daños biológicos, daño a la salud y daño moral objetivo y subjetivo, las cuales deberán ser cuantificadas económicamente a efectos de demandar la reparación civil.</p>	<p>Todo depende de las circunstancias y hechos que acarrea el daño. Si el médico no realizó los estudios adecuados al paciente podría hablarse de una pérdida de oportunidad de curación. Es de una categoría independiente.</p>

Tabla 7

Entrevista a expertos. Pregunta 7

<i>Pregunta</i>	<i>Dr. Julio Escobar Andia</i>	<i>Dr. Carlos Valdivia</i>
<p>¿Qué opina de que la indemnización por los daños y perjuicios en aplicación de la pérdida de oportunidad se determine comprobando la existencia de certeza derivado de la incertidumbre?</p>	<p>Una vez que se demuestre la existencia de certeza del daño va a desaparecer esa incertidumbre, demostrando la probabilidad. La probabilidad nace de la incertidumbre, si desvirtuamos ello, el paciente al enterarse de un diagnóstico correcto va a ayudarlo a tener otras alternativas y tomar buenas decisiones.</p>	<p>Tiene que existir una probabilidad comprobada y que pueda conllevar a que el juzgador pueda determinar que esa esa probabilidad que se frustró en base a un interés legítimo tiene que verificarse que supere el 50%+1.</p>

Tabla 8

Entrevista a expertos. Pregunta 8

<i>Pregunta</i>	<i>Dr. Jairo Cieza</i>	<i>Dr. Julio Escobar Andia</i>	<i>Dr. Carlos Valdivia</i>
<p>¿Cuáles considera las principales dificultades al determinar la indemnización por daños y perjuicios en aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad ?</p>	<p>La dificultad recae en los operadores jurídicos (abogados, litigantes y jueces), en el sentido que falta la internacionalización de una serie de conocimientos en la materia de perdida de la chance, el cual no es un tema abundantemente desarrollada en nuestra jurisprudencia nacional, tampoco ha sido catalogado como un daño independiente a nivel legislativo, lo que genera una reticencia en los jueces y operadores jurídicos de aplicar de una manera correcta. Asimismo, constituye una dificultad el poco desarrollo jurisprudencial y casuística de esa institución jurídica.</p>	<p>Primero, la certeza y dos, la cuantificación del daño moral. Existen jurisprudencias en las cuales señalan que cuando el daño moral es consecuencia de la muerte de un familiar se presume la existencia de un daño moral fuerte. La responsabilidad civil médica podría encajar en la responsabilidad civil objetiva y quien tiene la obligación de probar lo contrario es el que causó el daño.</p>	<p>La dificultad recae en materia probatoria. Las oportunidades deben superen el 50%+1 de certeza de la perdida de oportunidad del paciente víctima de una mala praxis médica.</p>

Tabla 9

Pregunta a expertos. Pregunta 9

<i>Pregunta</i>	<i>Dr. Julio Escobar Andia</i>	<i>Dr. Carlos Valdivia</i>
<p>¿Considera usted que la pérdida de oportunidad o chance sea calificado como daño emergente?</p>	<p>Considero que no, porque el daño emergente está enfocado netamente al daño patrimonial. La pérdida de la oportunidad está más relacionado con el daño moral y a la salud. Dentro del daño moral objetivo, podría de una manera indirecta afectar en el quehacer diario del paciente y ello influir en el patrimonio</p>	<p>Considero que son categorías diferentes, sin embargo en el ámbito nacional los jueces se han dirigido a cuantificar circunstancias como daño patrimonial relativo al lucro cesante. Para efectos sea considerado como debate jurisprudencial, debería plantearse en una demanda y debía ser pronunciado como pérdida de chance.</p>

Tabla 10

Pregunta a expertos. Pregunta 10

<i>Pregunta</i>	<i>Dr. Julio Escobar Andia</i>
¿Qué diferencia existe entre la pérdida de oportunidad o chance con el daño lucro cesante?	En la pérdida de oportunidad, la persona pierde la oportunidad de obtener algo como información o ganancia, por el contrario, el lucro cesante es la ganancia dejada de percibir a consecuencia del daño, pero que es cierto. En la pérdida de oportunidad se debe demostrar el grado de probabilidad, desvirtuando lo incierto.

De las entrevistas realizadas en base a los objetivos planteados de la presente investigación, se obtuvieron los siguientes resultados:

Que la pérdida de oportunidad o chance es un tema en boga en el Perú; dado que como daño no está regulado en nuestro Código Civil, a pesar de ello, resulta importante el estudio de la misma para poder analizar y fomentar su aplicación en la normativa peruana, más aun en el ámbito sanitario que es el enfoque de nuestra investigación. La pérdida de oportunidad está relacionada con la responsabilidad civil médica, la cual se encuentra regulado por normas específicas, sancionando a los instituciones sanitarias y los médicos, por los daños generados explícitamente a los pacientes derivados de la inejecución de obligaciones, prestación parcial, tardía o defectuosa.

De ese modo, la pérdida de oportunidad considerada como daño autónomo, distinto del lucro cesante y emergente, persigue la indemnización de las expectativas de lograr una posibilidad concreta de obtener un ingreso patrimonial y evitar un daño moral y a la salud.

En muchas ocasiones, nos encontramos en situaciones difíciles e inciertas en el ámbito jurídico, por lo que se tiene que interpretar en base a la doctrina, legislación nacional o comparada sin dejar espacios que dificulten la aplicación de la teoría o norma correspondiente a cada caso.

Por tanto, en situaciones donde se provoque un daño al paciente deberá evaluarse la forma de resarcir ese daño y cuáles son las expectativas que el paciente ha dejado de concretar y que probabilidades tenía para lograr un resultado favorable en cuanto a las expectativas económicas. La manera más idónea para estudiar la pérdida de chance es a través de mecanismos comparados que permitirán el análisis correspondiente de forma consciente del caso para que el juez pueda establecer aquellas expectativas frustradas, sin caer en arbitrariedades y que motive adecuadamente sus resoluciones.

Análisis de casos internacionales

En esta segunda parte, del capítulo de resultados, analizaremos las sentencias emitidas por los tribunales internacionales de los países Colombia, España, Argentina y Chile que son los países que más se han pronunciado sobre el daño por la pérdida de oportunidad en el ámbito sanitario estableciendo criterios para la determinación de indemnización por daños y perjuicios; así como sentencias emitidas por órganos jurisdiccionales nacionales, que se pronuncian con respecto a la pérdida de oportunidad o chance como figura teórica, relacionándolo con el daño lucro cesante.

COLOMBIA

Tabla 11: Cuadro informativo del expediente 25706 de la Sala Contencioso administrativo de Colombia

N° EXPEDIENTE	25706
NUMERO DE SENTENCIA	2000-00645
ORGANO	Sala de lo contencioso administrativo
MATERIA	Acción de reparación directa
SEDE	Bogotá
DEMANDANTE	Angela María Gutiérrez Campiño y otros
DEMANDADO	Cajanal y otro
HECHOS	La señora María Sened Campiño Agudelo, afiliada a la caja Nacional de Previsión social fue atendida en la Clínica Manizales S.A. desde 1998 por enfermedad coronaria. El 14 de agosto de 1999 a las 22:00 horas ingreso al servicio de urgencias de dicha clínica por presentar mareos, desvanecimiento y pérdida de conocimiento. El médico le diagnóstico síndrome vertiginoso, por lo que le prescribe un medicamento para ello, enviándole de regreso a casa. Horas más tarde, la paciente fue conducida de emergencia al hospital de Caldas por continuar con los mismos síntomas. La paciente ingreso al hospital, según los médicos del hospital, con paro cardiorrespiratorio e infarto agudo de miocardio. Su condición empeoro progresivamente, falleciendo el 16 de agosto de 1999 a las 19:30 horas. La causa de la muerte fue arterosclerosis, infarto agudo de miocardio y shock cardiogénico.
FECHA DE RESOLUCION	5 de abril de 2017
FALLO 1° INSTANCIA	Improcedente

Fuente: Elaboración propia

En esta sentencia nos enfrentamos a un caso en el cual un paciente fue llevado a la clínica Manizales S.A con síntomas de mareos, desmayos y pérdida del conocimiento, en el cual el médico le diagnosticó síndrome de vértigo por problema de oído, por el cual le prescribió su medicamento y fue llevado directamente a su casa. Horas después, con los síntomas aún persistentes, su familia la llevó al hospital de urgencias de Caldas E.S.E., ingresó en el hospital por diagnóstico de los médicos de emergencia del hospital de referencia, con: 1) paro cardiorrespiratorio; 2) Killip IV (infarto agudo de miocardio acompañado de shock

cardiogénico), por lo que fue remitida, tiempo después, a la unidad de cuidados intensivos, donde su estado fue empeorando paulatinamente hasta fallecer.

La Sala judicial estudió si la muerte del paciente fue causada por los imputados que presentaron supuesta negligencia, omisión o demora en el servicio hospitalario y médico; y segundo, si se puede probar la existencia de fallas en el servicio, incluidos errores de diagnóstico, que le costarían al paciente las posibilidades de supervivencia del paciente. La Sala judicial demuestra lógicamente que las fallas del servicio ocurren a expensas del paciente, por lo que esta situación constituye una falla del servicio, cuya falla incluye una falta de debida diligencia en el diagnóstico, por lo cual no diagnóstico con precisión la enfermedad del paciente, privándole de la oportunidad de iniciar de inmediato el tratamiento adecuado y mejorar su estado de salud.

Tabla 12: Criterio jurisprudencial del expediente 25706

ORGANO JURISDICCIONAL	CRITERIO JURISPRUDENCIAL
<p>consejo de estado sala de lo contencioso administrativo sección tercera subsección b consejero ponente: ramiro pazos guerrero Bogotá, D.C., cinco (05) de abril de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 17001-23-31-000-2000-00645-01(25706)</p>	<p>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 legítima⁵¹ de poder alcanzar un beneficio, de obtener una ganancia o de evitar una pérdida, y 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.</p>

Fuente: Elaboración propia

Esta jurisprudencia en la tercera parte del Consejo de Estado deja claro que la pérdida de oportunidad es un daño en sí mismo con identidad y carácter propio, distinto de la ventaja final esperada o el perjuicio que se busca evitar, cuyo desenlace es una violación de expectativas legítimas, la cual debe ser reparada conforme al porcentaje de la probabilidad de realizar la oportunidad perdida. Al respecto, la tercera parte del Consejo de Estado en sentencia de 11 de agosto de 2010 [exp. 18593] mostró requisitos que estructuran la pérdida de oportunidad como una pérdida autocompensante, así: (1) certeza de la oportunidad perdida; (2) la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el perjuicio; y (3) la víctima debe encontrarse en una situación apta para aspirar la obtención del resultado deseado, es decir, debe analizar si la persona afectada se encuentra en la condición legal y fáctica adecuada para obtener una ventaja o evitar el daño que no esperaba.

La base de la pérdida de oportunidad como pérdida autónoma tiene dos componentes, uno es cierto y el otro es incierto: el primero se basa en la existencia de expectativa, ya que debe ser verdadera y razonable, al igual que la privación de la expectativa, pues en caso no se produzca una acción lesiva por parte de un tercero, la víctima tendría la esperanza de obtener un beneficio futuro o evitar una infracción; y, en segundo lugar, con respecto a la ganancia esperada o el perjuicio que se busca evitar, pues no se sabe a ciencia cierta si se hubiera alcanzado o evitado de no haberse extinguido la oportunidad. De acuerdo a la primera parte, la pérdida de oportunidad no solo refuerza la naturaleza actual y presente del daño, sino que es el eje sobre el que rota la reparación derivada de un daño antijurídico hacia una expectativa legítima.

A todo lo anterior, la Sala ha atribuido en algunas decisiones a esta primera parte las siguientes características: 1) el bien dañado no es un derecho subjetivo sino un interés legítimo que puede estar actuando conforme a una expectativa legítima, la cual debe ser seguro, razonable y fundado, sobre el que se establezca claramente la certeza de los daños; 2) lo que se pierde o frustra es la oportunidad en sí misma, no la ganancia o pérdida que se debe evitar; 3) la cuantificación del daño será proporcional al grado de probabilidad de obtener el beneficio esperado o evitar la eventual pérdida; 4) no se pierde ninguna oportunidad cuando desaparece la posibilidad de ganar lo esperado; es decir, cuando resulta que todavía está condicionada a situaciones futuras lo que significaría un perjuicio hipotético, no relacionada al daño autónomo de la pérdida de oportunidad; si la ganancia final o el daño evadido aún pudiera obtenerse o evitarse, la oportunidad no se perdería y, por lo tanto, las reclamaciones pretendidas serían distintos a la pérdida de oportunidad (...).

Luego de valorar las pruebas la sala encuentra que los tres componentes de la pérdida de la oportunidad están acreditados y debidamente probados, y resuelven a favor de la familia de la paciente fallecida, y para la indemnización se tomó en cuenta que las posibilidades de sobrevivir de la paciente, en caso hubiera habido una adecuada atención, serían del 50%, tomando en cuenta esto y el sueldo que percibía la paciente se indemnizó con \$345.805 los que serían repartidos entre sus tres hijas.

CASO 2

Tabla 13: Cuadro informativo del expediente 66001 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Colombia

N° EXPEDIENTE	66001-23-31-000-2005-01021-04(42803)
NUMERO DE SENTENCIA	18593
ORGANO	Sala de lo contencioso administrativo
MATERIA	Acción de reparación directa
SEDE	Bogotá
DEMANDANTE	Analida Flórez Castañeda
DEMANDADO	Saludcoop E.P.S
HECHOS	La actora afiliada a Saludcoop EPS. Acudió el 3 de diciembre de 2001 a urgencias de dicha entidad en la ciudad de Pereira, por presentar un sangrado vaginal de 2 meses de evolución. El 7 de mayo le practicaron una ecografía pélvica cuyo resultado arrojó engrosamiento de cuello uterino. El 29 de julio de 2002, la paciente acudió nuevamente a la E.P.S por reflejar la misma sintomatología, ante lo cual, se ordenó un examen de citología, que se practicó el 6 de agosto de 2002. Posteriormente, el 26 de agosto de 2002 se ordenó una colposcopia y biopsia de cuello uterino y, una vez obtenidos los resultados se diagnosticó carcinoma epidermoide infiltrante queratinizante -cáncer de cérvix-. El 9 de octubre de 2002, Saludcoop E.P.S. remitió a la paciente a la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge donde permaneció hospitalizada hasta el 21 de octubre del mismo año y, se realizó tratamiento de radioterapia y psiquiatría de apoyo. El 24 de septiembre de 2003, la señora Flórez Castañeda fue remitida nuevamente por Saludcoop E.P.S. a la E.S.E. donde estuvo hospitalizada hasta el 16 de octubre de 2003, día en que falleció a la edad de 30 años por presentar cáncer terminal y fistula recto vaginal.
FECHA DE RESOLUCION	12 de octubre de 2017
FALLO 1° INSTANCIA	Procedente

Fuente: Elaboración propia

La señora Analida Flores Castañeda, en calidad de afiliada y beneficiaria de Saludcoop E.P.S., falleció el día 16 de octubre de 2003 producto del retardo y falta de asistencia oportuna. La entidad prestadora de salud le realizó una ecografía posterior a la hemorragia vaginal que padecía, resultando que tenía un engrosamiento severo del cuello de la matriz, por lo cual le recomendaron realizarse una citología. Al diagnosticarle cáncer, la entidad no quería realizarle el tratamiento oportuno debido a que la afiliada solo contaba con menos de 100 días de afiliación, razón por la cual ella tenía que cubrir el 64% del costo total del procedimiento médico.

Tabla 14: Criterio jurisprudencial del expediente 66001

ORGANO JURISDICCIONAL	CRITERIO JURISPRUDENCIAL
<p style="text-align: center;"> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN "B" Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO Radicación número: 66001-23-31-000-2005- 01021-04(42803) </p>	<p>La Sala considera que, la pérdida de oportunidad es un fundamento de daño derivado de la lesión a una expectativa legítima, diferente de los demás daños que se le pueden infligir a una persona, como lo son, entre otros, la muerte (vida) o afectación a la integridad física, por lo que así como se estructura el proceso de atribución de estos últimos en un caso determinado, también se debe analizar la imputación de un daño derivado de una vulneración a una expectativa legítima en todos los perjuicios que de ella se puedan colegir, cuya naturaleza y magnitud varía en función del interés amputado y reclamado.</p> <p>La Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado que la pérdida de oportunidad es un daño en sí mismo con identidad y características propias, diferente de la ventaja final esperada o del perjuicio que se busca eludir y cuyo colofón es la vulneración a una expectativa legítima, la cual, debe ser reparada de acuerdo al porcentaje de probabilidad de realización de la oportunidad que se perdió.</p>

Fuente: Elaboración propia

La posición del tribunal en el precedente aplicable es que la pérdida de oportunidad tiene como base el daño causado de la lesión a la expectativa legítima distinta de los demás daños que podrían causarse a una persona como la afectación a su integridad física o la muerte. De la acotación precedente, también debe distribuirse la imputación del daño que se deriva de la afectación a una expectativa legítima dentro del conjunto de daños que de ella se puedan inferir. La pérdida de oportunidad es un daño que tiene carácter e identidad propios, diferente de la ganancia esperada o del perjuicio que se busca evitar y concluye como una violación de una expectativa legítima que debe ser rectificada de acuerdo con el porcentaje de probabilidad de que la oportunidad perdida sea realizada.

La pérdida de oportunidad o chance alude a eventos en los cuales una persona se encontraba en una situación de obtener una ganancia o evitar una pérdida o daño, pero esto es evitado permanentemente por la acción de un tercero, esto crea incertidumbre sobre la producción del efecto beneficioso, pero al mismo tiempo genera certeza de que una expectativa ha sido

truncada, la cual no puede ser modificable. Dicha oportunidad estableció un interés legítimo que, si bien no puede ser considerado un derecho subjetivo, ciertamente faculta al afectado para actuar sobre el resultado deseado, por lo que la pérdida de la expectativa debe generar para el afectado el derecho a la correspondiente indemnización.

Asimismo, para la sala de audiencias, el alcance adecuado de la pérdida de oportunidad es la que se concibe como fundamento de daño, por la violación de una expectativa legítima, lo cual es natural dada la naturaleza del daño, en algunos casos, puede presentarse situaciones de incertidumbre causal. El elemento básico de la responsabilidad médica es la obligación que regula la práctica de los servicios médicos, transmitiendo así el contenido de la actuación a la que están sometidas las personas jurídicas denunciadas. Al respecto, la Sala no puede ignorar que, siguiendo lo dicho tanto por la doctrina como por la jurisprudencia y considerando que la práctica médica no es una práctica certera sino una ciencia probabilística basada en hipótesis, donde 'la actividad es impulsada por factores aleatorios', los profesionales médicos no pueden ser responsables de atinar matemáticamente el diagnóstico o el tratamiento adecuado, por lo tanto, la falta de atención, sujeta a censura, no se debe a que el personal médico no domine la ruta del tratamiento para aliviar o corregir la enfermedad, sino a su negligencia e inexperiencia, no agotaron la prescripción *lex artis* recomendada para corregir la enfermedad del paciente.

CASO 3

Tabla 15: Cuadro informativo del expediente 11001 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Colombia

ORGANO	Sala de lo Contencioso
EXPEDIENTE	11001310300319980777001
SEDE	Bogotá
MATERIA	Responsabilidad Civil contractual
PROCEDIMIENTO	Casación
DEMANDANTE	Luz Estella Puerta Hoyos, Fernando Puerta Abad y Luz Estella Hoyos Gómez
DEMANDADO	Luís Antonio Ruíz Murcia y el Centro Oftalmológico Colombiano Ltda.
HECHOS	En el año de 1986 la demandante fue intervenida quirúrgicamente de sus dos ojos por el señalado galeno, para "corregir un problema de astigmatismo e hipermetropía", operación que se realizó en la Clínica Barraquer, en la ciudad de Bogotá. Cuatro años después, "experimentó de nuevo problemas de visión", y el médico que la trató sugirió a la paciente la práctica de una segunda operación en ambos ojos, llevándose a cabo el 24 de abril de 1990, pese a lo cual, los resultados no fueron satisfactorios "en cuanto a la mejoría en el ojo derecho". Dado que las limitaciones de visión en ese órgano continuaron aumentando, se practicó otra cirugía en el mes de octubre del mismo año, y frente al resultado negativo el oftalmólogo recomendó a la joven tratada "someterse a un trasplante de córnea". La paciente manifestó su renuencia al procedimiento, pero ante la insistencia del galeno, aceptó realizarse el trasplante mediante operación ambulatoria el 28 de febrero de 1991. Por cuanto la operación fue sencilla, la demandante se trasladó hasta su casa, pero "comenzó a experimentar unos dolores muy intensos, que se prolongaron por varios días". Al tercer día, y como no fue posible ser atendida personalmente por el Dr. Ruíz, se desplazó a la Clínica Barraquer, donde luego de establecerse que tenía una infección en el ojo intervenido, la Dra. Angela María Gutierrez le aplicó el tratamiento correspondiente, suministrándole incluso "dosis importantes de antibióticos". Posteriormente se hizo un nuevo reemplazo de córnea, que comprendió igualmente un "trasplante parcial de la esclera", llevado a cabo el 13 de marzo de 1991 en la Clínica del Country de Bogotá, sin que los resultados hayan sido los esperados.
Nº RESOLUCION	SC10261-2014
FALLO 1º INSTANCIA	Fundada en parte, la suma de "\$2.000.000 para cada uno de los ascendientes, y \$8.000.000 para la víctima".
FALLO 2º INSTANCIA	confirma

Fuente: Elaboración propia

La presente sentencia advierte que es indispensable precisar que la pérdida de cualquier oportunidad, expectativa o posibilidad no configura el daño que en el plano de la responsabilidad civil ya sea contractual o extracontractual es indemnizable, cuando se trata de oportunidades débiles, lejanas o frágiles mal puede admitirse que su frustración necesariamente vaya a desembocar en la afectación negativa del patrimonio o de otro tipo de intereses lícitos de la persona que conto con ellos. También indica que la que debe exigirse que la víctima se encuentre en situación fáctica o jurídica idónea para aspirar a la obtención de esas ventajas al momento del evento dañoso, em razón a esto advertir que la oportunidad debe existir para el momento en el que se realiza la conducta antijurídica que se imputa al

Análisis de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica desde la perspectiva del derecho civil.

demandado, pues “cuando el demandante no ha intentado su oportunidad en el momento en el que sobreviene el hecho que le impide definitivamente hacerlo, debe, para obtener reparación del daño, demostrar que en dicho momento estaba en capacidad de aprovechar la oportunidad o estar a punto de poder lograrlo. Esta directiva permite excluir la reparación de esperanzas puramente eventuales que no están sustentadas en hechos acaecidos al momento del arribo del hecho dañino imputable al demandado.

Tabla 16: Criterio jurisprudencial del expediente 11001

ORGANO JURISDICCIONAL	CRITERIO JURISPRUDENCIAL
<p>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION CIVIL</p> <p>MARGARITA CABELLO BLANCO Magistrada Ponente</p> <p>SC10261-2014 Ref: Expediente No 11001 31 03 003 1998 07770 01</p>	<p>La pérdida de una oportunidad atañe a la supresión de ciertas prerrogativas de indiscutible valía para el interesado, porque en un plano objetivo, de contar con ellas, su concreción le habría significado la posibilidad de percibir, ahí sí, una ganancia, ventaja o beneficio, o de que no le sobrevenga un perjuicio. Expresado con otras palabras, existen ocasiones en las que la víctima se encuentra en la situación idónea para obtener un beneficio o evitar un detrimento, y el hecho ilícito de otra persona le impide aprovechar tal situación favorable.</p>

Fuente: Elaboración propia

La pérdida de oportunidad, cuya aplicación se ha excluido por tratadistas foráneos y nacionales en tratándose de la responsabilidad médica dada la imposibilidad o dificultad de establecer el nexo de causalidad, conviene precisarlo, constituye una especie de daño independiente, provisto de unas singulares características y que, en últimas, se ve concretado en el desvanecimiento de la posibilidad de obtener una ganancia o de evitar que se produzca un evento, frustración que correlativamente, coloca a quien sufre el menoscabo en la posición de poder demandar la reparación de los perjuicios. Aquella, en sí misma considerada, causa daño a quien se privó o se frustró de ese chance, razón por la cual tiene un valor en sí misma, independientemente del hecho futuro, pues la lesión consistente en la desaparición absoluta de una probabilidad objetiva, posee una naturaleza cierta y directa.

ESPAÑA

CASO 1

Tabla 17: Cuadro informativo de la sentencia 1427/2016 de la Sala del Tribunal Supremo de España

Análisis de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica desde la perspectiva del derecho civil.

ORGANO	Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
SEDE	Madrid
MATERIA	Indemnización por responsabilidad contractual
PROCEDIMIENTO	Casación
DEMANDANTE	La procuradora Teresa Aznarez Domingo en representación de don Erasmo
DEMANDADO	Herminio, Hospital General de Catalunya y Compañía de seguros Winterthur
HECHOS	En verano de 1990 el actor sufrió un grave golpe en la cabeza al lanzarse al mar en una cala de la isla de Menorca sufriendo traumatismo craneo-cervical, y ahogamiento, asfixia por inmersión. Socorrido por una dotación de tetraplejía completa, manteniendo movilidad de hombros y flexión de antebrazos sobre brazos, reflejos bicipital y braquioradial presentes bilateralmente, no tricipital, respiración diafragmática, no motilidad en miembros inferiores ni tronco ni reflejos OT's, abolida sensibilidad dolorosa y táctil hasta un nivel C6, síndrome medular traumático". Posteriormente, el facultativo indicó intervenirle quirúrgicamente para conseguir una mayor fijación y estabilidad de la columna vertebral. Tras esta intervención quirúrgica a la que fue sometido, el demandante quedó afecto de una tetraplejía - síndrome medular transversal completo por debajo del cuarto segmento neurológico cervical derecho (C4) y por debajo del sexto segmento neurológico cervical izquierdo (C6).
Nº RESOLUCION	227/2016
FALLO 1º INSTANCIA	Condeno a don Herminio y Axa- Winterthur al pago del importe de 60.101,21 euros más intereses.
FALLO 2º INSTANCIA	Confirma sentencia de primera instancia

Fuente: Elaboración propia

Corresponde analizar en primer lugar la resolución de sentencia de primera instancia emitida por la Sala 1º de 08 de abril del 2016, en ese sentido los antecedentes de la demanda narran los hechos de un joven que queda tetraplégico al lanzarse al mar en 1990, sufriendo un grave traumatismo craneal, lo que le privo de una recuperación o rehabilitación, condenándolo a vivir de por vida en una silla de ruedas. A pesar de ello, el medico tomo la decisión de operar quirúrgicamente al paciente tetraplégico, no obstante, no hubo un deber de información adecuado al paciente, ya que el médico no le aviso de los riesgos a consecuencia de dicha operación, resultando un incumplimiento de los mínimos requisitos del consentimiento informado. Hechos por los cuales determinan la responsabilidad civil del médico en función de la ausencia de información sobre los riesgos de la intervención para conseguir el oportuno consentimiento del paciente. Razones por las cuales, el juez de primera instancia emite su decisión, determinando una indemnización por la suma de 60,101.21 euros por aumentar el grado de invalidez y por el dolor sufrido.

Tal decisión fue sometido a apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, la cual dicto sentencia el 29 de mayo del 2014, desestimando el recurso y confirmando el importe indemnizatorio. En esa misma línea, dicha decisión fue recurrida en Casación por el demandante, por el que pone de manifiesto que la perdida de oportunidad, es derivado de los daños pasivos, los cuales se manifiestan por omisiones de asistencia, errores de diagnóstico,

Análisis de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica desde la perspectiva del derecho civil.

o como en este caso por privación de elegir libremente si debería someterse o no a la intervención quirúrgica, conociendo las consecuencias de la misma.

Que, muchos de los casos de responsabilidad civil médica son desestimados por falta de credibilidad de la existencia del nexo causal entre la conducta del agente y el daño al agraviado. Por lo que resulta importante para la jurisprudencia española la adecuación de la teoría de la pérdida de oportunidad en presencia de incertidumbre causal y para amparar la pretensión del agraviado, tomando en cuenta los factores que determinarían la pérdida de posibilidades de obtener un resultado distinto. Asimismo, para realizar el cálculo del importe de indemnización del daño proveniente de la pérdida de oportunidad, primero, se deberá determinar el daño total del riesgo materializado, y luego a dicho importe se le sacará un porcentaje de probabilidades de que se materializase el riesgo no informado. En la sentencia de casación, se analiza la pérdida de oportunidad en el considerando tercero, señalando que:

Tabla 18: Criterio jurisprudencial de la STS 1427/2016

ORGANO JURISDICCIONAL	CRITERIO JURISPRUDENCIAL
<p>Tribunal Supremo de España. Sala de lo Civil STS 1427/2016</p>	<p>“(iii) Por la pérdida de oportunidades o de expectativas, en las que no se identifica necesariamente con la gravedad y trascendencia del daño, sino con una fracción del daño corporal considerado en su integridad en razón a una evidente incertidumbre causal sobre el resultado final, previa ponderación de aquellas circunstancias que se estimen relevantes desde el punto de vista de la responsabilidad médica (gravedad de la intervención, virtualidad real de la alternativa terapéutica no informada, posibilidades de fracaso).”</p>

Fuente: Elaboración propia

En efecto, en la sentencia 1427/2016 del Tribunal Supremo de lo Civil de España apreciamos el criterio de la sala al resolver el recurso de casación interpuesto por Don Erasmo, cuya pretensión es la reevaluación del monto indemnizatorio por daños y perjuicios, contra la sentencia dictada el 29 de mayo de 2014 por la Audiencia Provincial de Barcelona.

Con respecto a la decisión desestimatoria, tomando en cuenta el criterio principal del juez, consignado en el presente cuadro, la sala estima que para la determinación de la cuantificación de la indemnización por pérdida de oportunidad, en base a una porción, se debe valorar las circunstancias previas al evento del daño, tales como la gravedad de la

Análisis de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica desde la perspectiva del derecho civil.

intervención, virtualidad real de la alternativa terapéutica no informada, posibilidades de fracaso, etc.

En particular, el análisis de la presente sentencia es sobre la responsabilidad civil médica como consecuencia de una intervención quirúrgica conforme a *lex artis*, pero sin el previo consentimiento informado al paciente. De modo que las circunstancias en que se encontraba el paciente, previo a la intervención quirúrgica, no le favorecían, determinando la existencia de una adecuada praxis médica, a pesar de ello, el juez toma en consideración la ausencia de consentimiento informado, determinando que no se comunicó sobre los riesgos de intervención quirúrgica, por ello resuelve fijar una indemnización en 60.101,21 euros por aumentar el grado de invalidez y por el dolor sufrido. Por tanto, la pérdida de oportunidad resulta ser un elemento moderador y delimitador del quantum indemnizatorio, para lo cual deber analizarse previamente los factores de probabilidades de cada caso.

CASO 2

Tabla 19

Cuadro informativo de la sentencia 392/2017 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de España

ORGANO	Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo contencioso
SEDE	Coruña
MATERIA	Responsabilidad patrimonial de administración
PROCEDIMIENTO	Recurso de apelación
DEMANDANTE	Doña Encarnación y Cesar
DEMANDADO	Servicio Gallego de Saude, SERGAS
HECHOS	Que la señora recurrente reclama la responsabilidad patrimonial del Centro de Salud por deficiente funcionamiento de los servicios públicos sanitarios del Hospital Da Costa de Burela. Debido a un error y demora de diagnóstico que determino la indebida prolongación de su embarazo que hubo de ser interrumpida voluntariamente en la semana treinta y dos, dando nacimiento a una niña de siete meses y medio, quien no sobrevivió después de nacida y provocando una fuerte hemorragia a la actora, para detenerlo tuvieron que quitarle el útero, privándole la posibilidad de procrear nuevamente.
Nº RESOLUCION	392/2017
FALLO 1º INSTANCIA	Condena al SERGAS al abono del resarcimiento de los daños y perjuicios causados a Doña Encarnación y don Cesar, en la cantidad de 273.139,82 euros.
FALLO 2º INSTANCIA	Confirma la sentencia apelada

Fuente: Elaboración propia

Que, efectivamente se aprecia los daños provocados por el establecimiento sanitario en la paciente, al no darle la oportunidad de interrumpir su embarazo, debido a las condiciones del feto, en un tiempo determinado, no se habría prolongado innecesariamente el embarazo para que al final termine en fracaso, además, se hubiera evitado la intervención quirúrgica y la extracción de su útero, hechos que afectaron psicológicamente a la actora, así como los traumas sufridos y padecimiento de dolor. El tribunal analiza la doctrina de la pérdida de oportunidad, la cual fue pronunciada en sentencias anteriores por la misma Sala. Es la sentencia N° 304/2016 de fecha 11 de mayo, en el su octavo considerando, señalado en el cuadro siguiente:

Tabla 20: Criterio jurisprudencial de la sentencia 392/2017

ORGANO JURISDICCIONAL	CRITERIO JURISPRUDENCIAL
<p>Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso STSJ GAL 5312/2017</p>	<p>" OCTAVO.- En la reciente sentencia de fecha 19 de octubre de 2011, dictada en el recurso de casación núm.5893/2006 , hemos afirmado que la llamada "pérdida de oportunidad" se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son, el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo... "</p>

Fuente: Elaboración propia

El Tribunal Superior de Justicia en la sentencia 5312/2017 analiza la pérdida de oportunidad, citando otros criterios señalados en anteriores jurisprudencias, en la medida que afirma que la pérdida de oportunidad se caracteriza por la incertidumbre de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente, afirmación que respalda a nuestra hipótesis general, del mismo modo, señala que para la valoración del daño e indemnización existen dos elementos importantes como el grado de probabilidad de que la actuación hubiera producido un efecto beneficioso, y el grado o alcance del mismo.

Por otra parte, la Sala Superior aclara que la pérdida de oportunidad es una alternativa aplicable cuando no se puede demostrar la quiebra de la *lex artis*, por lo cual atendería solo a una indemnización parcial por frustración de expectativas, pero en la infracción de la *lex*

Análisis de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica desde la perspectiva del derecho civil.

artis correspondería la reparación integral del daño o plena indemnidad de los daños y perjuicios causados.

CASO 3

Tabla 21: Cuadro informativo de la sentencia 268/2012 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de España

EXP.	STS 268/2012 / Sala de lo Contencioso.
MATERIA	Indemnización por responsabilidad patrimonial
PROCEDIMIENTOS	De parte
DENUNCIANTES	Sra. Zulima y D. Nicolas
DENUNCIADOS	La Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de Madrid
PROCEDENCIA	Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid
HECHOS	Los denunciantes indican que cuando la esposa estaba embarazada, al realizarle las ecografías correspondientes no les informaron oportunamente que uno de los fetos presentaba malformaciones, no permitiéndoles tener la oportunidad de decidir si querían continuar con el embarazo, generando así un daño que merece una indemnización, formulando una reclamación por responsabilidad patrimonial contra el servicio madrileño de salud, el mismo que fue desestimado por la sala de lo contencioso administrativo del tribunal superior de justicia de Madrid, por eso interponen recurso de casación contra la sentencia desestimatoria frente la sección cuarta de la sala tercera del Tribunal Supremo, considerando que tienen derecho a una indemnización resarcitoria del daño ocasionado, esta es desestimada nuevamente debido a la rareza de la enfermedad sufrida por el feto afectado, y que no había manera de darse cuenta de la misma, por lo tanto estaríamos frente a un resultado de la naturaleza.
NUMERO DE RESOLUCIÓN	STS 268/2012
FALLO DE PRIMERA INSTANCIA	Desestimado.
FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA	No ha lugar.

Fuente: Elaboración propia

En la presente sentencia la recurrente alega que existe un daño moral al privar a la madre de la posibilidad de decidir sobre la interrupción del embarazo cuando hay graves malformaciones físicas o psíquicas que no han sido detectadas en los diagnósticos médicos realizados, así mismo, también indica que ha existido una pérdida de oportunidad al privarla de capacidad de decisión por la omisión de prueba diagnóstica o tratamiento diferente, que le ha llevado a la situación irreversible que vendría a ser el dar a luz a un bebe malformado, que debería ser objeto de indemnización, de acuerdo a criterios jurisprudenciales, Defiende que ha quedado acreditada la clara omisión de los deberes de cuidado y adopción de las mínimas cautelas profesionales durante el seguimiento de la gestación.

Ante esto la sala indica que la viabilidad de la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere conforme a lo establecido en el art. 139 LRJAPAC: a) La efectiva realidad del daño, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona. b) Que el daño patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

Por otro lado la sala añade que la privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia de pérdida de oportunidad se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización, por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias.

Finalmente, la sala indica que independientemente de que la parte recurrente, califique como grave malformación la anteriormente descrita lo cierto es que no existe elemento alguno que permita calificarla como tal a efectos de que hubiera podido ser practicada la interrupción del embarazo y por ende producida una pérdida de oportunidad por no haber podido tomar tal decisión. El hecho de la malformación no deriva, tal cual concluye la Sala de instancia, de una mala praxis en la atención sanitaria, como en ocasiones ocurre en los momentos del parto, sino de un resultado de la naturaleza, es decir, congénita al desarrollo embrionario producida aquí por factor no conocido.

Lo que la Sala examina es la actuación sanitaria en el seguimiento del embarazo gemelar. Y no debe olvidarse que al tiempo que uno de los fetos presentaba la malformación descrita el otro consta que nació sin problema físico o psíquico alguno. Es relevante subrayar que no se ha justificado que hubiera sido posible optar a la interrupción voluntaria del embarazo reclamada afectando exclusivamente a uno de los fetos, el que presentaba la antedicha malformación por lo que la pretendida privación de la posibilidad de decidir la interrupción del embarazo decae como argumento. En los hechos probados de la sentencia consta que los gemelos se desarrollaron en dos cavidades placentarias mas no se evidencia la posibilidad de intervención sobre una sin incidir en la otra. Y no ha de olvidarse que respecto del otro

Análisis de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica desde la perspectiva del derecho civil.

feto no se daban, en modo alguno, las circunstancias establecidas que hubieran podido permitir no continuar con el embarazo por malformación congénita.

Tabla 22: Criterio jurisprudencial de la STS 268/2012

ORGANO JURISDICCIONAL	CRITERIO JURISPRUDENCIAL
<p>Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso STS 268/2012</p>	<p>"... añade la STS de esta Sala y Sección de 23 de setiembre de 2010, rec. casación 863/2008 que la "privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia de "pérdida de oportunidad" - sentencias de siete de septiembre de dos mil cinco , veintiséis de junio de dos mil ocho y veinticinco de junio de dos mil diez , recaídas respectivamente en los recursos de casación 1304/2001 , 4429/2004 y 5927/2007 - se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización, por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias."</p>

Fuente: Elaboración propia

Que, la sala suprema pone de manifiesto otras sentencias emitidas por la misma sala en años anteriores, tal como los recursos de casación 1304/2001, 4429/2004 y 5927/2007, en los cuales se señala que la pérdida de oportunidad se concreta cuando no quepa duda de que si el actor hubiera obrado de manera diferente, se obtendría un mejor resultado esperado. De lo cual, correspondería otorgar al perjudicado una cifra estimativa que tenga en cuenta el grado de pérdida de posibilidades de curación por un diagnóstico tardío.

De esa manera, corroboramos que el pronunciamiento de la Sala Suprema apoya la primera hipótesis de nuestra investigación en el sentido que la teoría de la pérdida de oportunidad es aplicable en el ámbito sanitario en casos de error o retraso en el diagnóstico y de la asistencia tardía por el centro sanitario y/o profesionales de la medicina.

ARGENTINA

CASO 1

Análisis de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica desde la perspectiva del derecho civil.

Tabla 23: Cuadro informativo del expediente 160.101 del Juzgado Civil y Comercial N°4 de Argentina

ORGANO	Juzgado Civil y Comercial N°4
SEDE	Mar de plata-Argentina
MATERIA	Indemnización daños y perjuicios
PROCEDIMIENTO	Recurso de apelacion
DEMANDANTE	Pablo Lihue Navas
DEMANDADO	Natalia Nair Saiz, Organización médica atlántica sociedad anonima (omasa) - Clínica 25 de mayo y la citada en garantía TPC Compañía de seguros s.a
HECHOS	El Dr. Reale prescribió la aplicación del medicamento por una vía no indicada, ya que debió emplearse la vía intramuscular en lugar de la endovenosa, y en caso de optarse por esta última, disponer su administración por venoclisis; b) no supervisó la labor de la enfermera Saiz frente a una práctica que resultaba riesgosa; c) dispuso la colocación de compresas frías en el brazo del paciente, lo que aceleró y agravó el daño al reducir aún más el flujo sanguíneo.
N° RESOLUCION	198-S
FALLO 1° INSTANCIA	Fundada

Tabla 24: Criterio jurisprudencial de la STS 198-S

Análisis de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica desde la perspectiva del derecho civil.

ORGANO JURISDICCIONAL	CRITERIO JURISPRUDENCIAL
<p>Cámara de apelaciones en lo Civil y Comercial, 2da sala, juzgado civil y comercial N°04 Expte. N° 160.101</p>	<p>“También ha dicho el cintero Tribunal que uno de los requisitos del daño resarcible radica en que sea cierto, no meramente hipotético o conjetural, es decir que debe darse certidumbre en cuanto a su existencia ya sea presente o futura. A contrario, el daño es incierto y por ello no resarcible, cuando no se tiene ninguna seguridad de que vaya a existir, porque el simple peligro o la sola amenaza de un daño no basta (Cfr. SCBA, Ac. 33.797 S. 18-6-85; AyS 1985-II-120; Ac. 46.097, S. 17-3-92; Ac. 78.851, S. 20-4-05; C. 89.068, S. 18-7-07). La “chance” misma es sólo una probabilidad, pero para que su frustración sea indemnizable, tal probabilidad debe ser cierta e inequívoca (Cfr. SCBA C 101.593 S. 14-4-2010, “Díaz, Claudia y otros c/ Massalin Particulares S.A. s/ Daños y perjuicios”).</p>

Fuente: Elaboración propia

Es indispensable que la probabilidad que caracteriza a la pérdida de la chance sea cierta e inequívoca, para efecto de su cuantificación; sin embargo, si no tenemos certeza del daño, sea presente o futura, no podría determinarse una indemnización por ello. En los fundamentos de la Sala, señala que se configura la denominada “pérdida de chance” cuando la afectación a la integridad psicofísica de la víctima perjudica sus oportunidades de mejorar su nivel de rendimiento o progreso económico o su realización integral.

Es doctrina del Máximo Tribunal Provincial que el resarcimiento por “pérdida de chance” comprende aquellas situaciones en las que el comportamiento antijurídico ha interferido en el curso normal de los acontecimientos de un modo tal, que no puede saberse si el afectado habría o no obtenido cierta ventaja o evitado cierta pérdida, generándose de tal modo la incertidumbre de saber si el beneficio se habría producido efectivamente; en dicha medida, se ha cercenado una expectativa, la probabilidad de una ventaja (Cfr. SCBA, Ac. 91.262 S. 23-5-2007, C 101.593 S. 14-4-2010, entre otros).

Análisis de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica desde la perspectiva del derecho civil.

CASO 2

Tabla 25: Cuadro informativo del expediente 10.117/97 de la Cámara Nacional Civil de Argentina

Expediente nº - 10.117/97 - 53.764 - "F., S. F. c/ Fernández, Enrique Manuel s/ daños y perjuicios" - CNCIV - SALA L - 08/07/2010	
Materia	Indemnización de daños perjuicios
Procedimiento	De parte
Denunciante	S. F. F.
Denunciados	TITULAR DEL CONSULTORIO DONDE SE LLEVÓ A CABO EL ESTUDIO DE AUDIOMETRÍA, DEL ANESTESISTA Y DE LA OBRA SOCIAL
Procedencia	Sala "L" de la Cámara Nacional de Apelaciones
Hechos	La demandante (S.F.F.) invocó en su escrito inicial ser empleada de la Lotería Nacional SE y afiliada a la obra social de personal civil de la nación, relata que el día 7 de marzo de 1996 utilizó los servicios de la obra social en el consultorio del Dr. Fernández en el cual se le iba a realizar a su hijo un estudio audio métrico denominado Bera por padecer hipoacusia. Dicho estudio se llevó a cabo en un lugar que no contaba con el equipamiento mínimo indispensable para proceder a maniobras de reanimación en anestesia general, y que como consecuencia de la mala praxis su hijo (L.N.L.) falleció. La madre promovió una acción indemnizatoria contra la obra social, "Organización Médica San Jorge de Hernán Robledo y Staff médico S.A.-Unión Transitoria de Empresas" (AOS SISTEMA PRIVADO DE SALUD), Enrique Manuel Fernández, Alicia Zubizarreta de Fernández, G. Adolfo Ferrando y Federación Patronal. Se presentó también el padre del menor fallecido (Sr. G.J.L.) adhiriéndose a la demanda y formulando su reclamo indemnizatorio. La "Organización Médica San Jorge de Hernán Robledo y Staff Médico S.A. -Unión Transitoria de Empresas" (AOS SISTEMA PRIVADO DE SALUD) interpuso una excepción de prescripción opuesta, la misma que fue desestimada por la sentencia en fojas 2396/2419, haciendo lugar a la acción entablada. Así condenó a los demandados G. Adolfo Ferrando, Enrique Manuel Fernández, Alicia Zubizarreta de Fernández, Obra Social para el Personal Civil de la Nación, Organización Médica San Jorge de Hernán Robledo y Staff Médico S.A. -Unión Transitoria de Empresas (AOS SISTEMA PRIVADO DE SALUD), y a la compañía de seguros Federación Patronal CLS en las condiciones de la póliza a pagar a S. F. F. la suma de \$399.800 y a G. J. L. la de \$50.000 con más intereses de conformidad con la tasa activa según plenario. Todas las partes apelaron la sentencia

Fuente: Elaboración propia

En el presente expediente plantearemos las actuaciones de las partes del proceso, se tratarán las críticas manifestadas por la Organización médica San Jorge de Hernán Robredo y Staff Médico S.A. Se ha estimado que la responsabilidad se puede calificar como contractual cuando hay un deber que existe anteriormente y que es específico, por otro lado, se halla en la calificación extracontractual cuando hay un deber que existe anteriormente que es genérico, es decir, que tiene el deber general de no dañar; e indeterminado de los sujetos pasivos, que viene exigido por la ley, y que se conduce por el hecho de la coexistencia social.

En cuanto a las obras sociales se entiende que el vínculo producido para la atención médica es de origen contractual, consistente en que el servicio médico asistencial se dé con eficiencia. En ese sentido la responsabilidad de la relación médico - paciente cubre no sólo al médico que interviene sino, también a sus auxiliares y a las instituciones en las que se brinda el servicio. Además de la responsabilidad contractual del médico se reconoce también una responsabilidad contractual de la institución asistencial.

Los apelantes se quejan ya que indican que la parte actora no ha logrado demostrar la relación causal entre la falta de equipamiento y el resultado fatal ocurrido. Se considera relevante analizar el reproche que la parte actora mencionaba a los demandados para así determinar el objeto de la mala praxis que motivó el inicio de este reclamo de indemnización. En su presentación inicial S. F. F. adujo que la anestesia general que se le había aplicado a su hijo para el estudio de audiometría denominado BERA ha sido realizada en un lugar que no contaba con el equipamiento mínimo e imprescindible para efectuarla en condiciones razonables ni para hacer las maniobras de reanimación en caso de emergencia.

El juez de la instancia anterior fundó su decisión en virtud del informe pericial elaborado por el cuerpo médico forense, y juzgó que el desenlace fatal ocurrió debido a que el menor presentó un broncoespasmo que produjo una hipoxemia progresiva que lo llevó a un paro cardíaco. Hizo hincapié en que el consultorio donde se realizó la anestesia general no contaba con el equipamiento requerido, y no se iba a poder llevar a cabo exitosamente la posibilidad de una complicación. Se destaca que la ausencia de aparatos adecuados, como un desfibrilador, no permitió detectar si L. N. L. había sufrido una fibrilación ventricular que requiriera el uso de dicho desfibrilador.

Los médicos que realizaron los peritajes señalaron que el menor sufrió un paro cardíaco de origen hipoxémico por posible broncoespasmo que presentó durante la inducción anestésica, por lo cual agregaron que la forma de paro cardíaco más probable pudo haber sido la asistolia o hiposistolia por disociación electromecánica. Explicaron también que ninguna de estas dos formas de paro circulatorio se trata con desfibrilador o con cardioversor, y que el broncoespasmo no era previsible de acuerdo al cuadro que presentaba. En ese sentido, en el informe los galenos señalaron que no se puede establecer un nexo de causalidad entre el

accionar del Dr. Ferrando y el resultado fatal de L. N., ya que no hay constancias que revelaran que el menor presentaba una patología cardíaca ni lesiones cardíacas anteriores.

Los demandados condenados argumentaron que si bien la falta de aparatología en un consultorio puede constituir una infracción de orden administrativo, no puede ser motivo de condena si no se puede comprobar que la falta del desfibrilador intervino en la mecánica del hecho. Alegaron que no es factible establecer una relación de causalidad entre la muerte del paciente y la acción de los médicos si no está acreditado qué tipo de material resultó faltante y si ello pudiese haber cambiado el curso de los hechos.

Los peritajes en sede penal recalcaron las conclusiones de los informes agregados en la causa penal cuando sostienen que el desenlace fue producto de un paro cardíaco de origen hipoxémico por posible broncoespasmo que a pesar del tratamiento instituido no retrogradó, el cual se instaló de manera súbita y repentina, y que de las constancias de autos no emana la existencia de fibrilación ventricular. Si bien en base a estos hechos el juez llegó a la conclusión de que la muerte ocurrió debido a que el menor presentó un broncoespasmo que produjo una severa hipoxemia progresiva que lo llevó al paro cardíaco, el dictamen pericial elaborado por el cuerpo médico forense además de explicar la causa de la muerte (broncoespasmo), fue claro en que el equipamiento en el consultorio donde se le colocó al menor la anestesia general para someterlo al estudio de audiometría no era el apropiado, ya que según las normas de la Federación de Anestesiología se debía contar con todos los elementos necesarios para su realización, los cuales no se encontraban presentes en el consultorio del Dr. Fernández.

En base a la prueba analizada, se juzga que en el caso se constata la producción de un daño producido por la defectuosa atención médica, por negligencia e impericia, que consistió en la ausencia del desfibrilador ventricular el cual impidió poder detectar si el menor sufrió una fibrilación cuyo tratamiento adecuado hubiese sido la desfibrilación del corazón. La crítica que aquí se hace consiste en que se le privó al menor de la probabilidad de superar el cuadro por el que atravesó a partir de no contar con los elementos indispensables para la reanimación del paciente, ya que no hubo atención médica apropiada. Se trata de una atribución de responsabilidad que se funda en la ausencia de equipamiento adecuado privándole así a Leonardo N. L. de la oportunidad de mejorar el cuadro que presentó en el proceso anestésico.

Según lo mencionado y teniendo en cuenta que la recriminación principal consiste en la falta de elementos adecuados para llevar a cabo procedimientos anestésicos, el Dr. Enrique Manuel Fernández, en su calidad de titular del consultorio en el que se le aplicó la anestesia al menor, debe responder por las consecuencias dañosas que le costara la vida a L. N. L. y le provocó a la reclamante, aunque con la relevancia señalada de pérdida de oportunidad. Ello, en virtud del deber de seguridad que tienen los centros de salud el cual considera una

prestación del médico que, si bien no garantiza la recuperación del asistido, debe adoptar el tratamiento apropiado. Con los elementos de convicción aportados al proceso se ha acreditado la negligencia e impericia que genera la responsabilidad del titular del consultorio donde se iba a llevar a cabo el estudio de audiometría (BERA).

Respecto de la responsabilidad del anesthesiologo, se le recriminó a dicho profesional haber aplicado la anestesia general sin tener los mínimos elementos para la realización de esa práctica. El principio aun rector en materia de responsabilidad médica es el de que interesa a quien ha sufrido un daño demostrar la relación causal entre la actuación del médico y el daño, y que el profesional actuó con negligencia, impericia, o imprudencia. se ha mencionado también que la obligación asumida por el medico frente al paciente consiste en la aplicación de su sapiencia y de su proceder en favor de la salud del paciente, resaltándose que, aunque no esté obligado a curar al enfermo sí lo está a practicar una conducta diligente que normal y ordinariamente pueda alcanzar la curación. De ahí que la ausencia de éxito en la prestación de los servicios no signifique incumplimiento.

El anestesista es el responsable de controlar en todas sus fases las anestesis generales y regionales que administra, y no debe olvidarse que posee autonomía científica respecto del médico cirujano, adquiriendo cada vez más importancia la función de esta especialidad, quien, en muchas ocasiones tiene al paciente bajo su control más tiempo que el propio médico jefe. De este modo, y más allá de que la perito médico Marta Elisa Cobo en su dictamen señaló que no ha mediado ninguna actitud reprochable al anesthesiologo interviniente que haya contribuido al desenlace fatal porque la causa del resultado ha sido el broncoespasmo y no la práctica anestésica, en base a las claras conclusiones del peritaje se evidencia que la aplicación de drogas para revertir ese cuadro (broncoespasmo) aumentan la frecuencia cardíaca y además pueden provocar una fibrilación ventricular, es decir, un tipo de paro cardíaco que requiere como tratamiento la desfibrilación del corazón, no me quedan dudas de que la falta de este profesional consistió en haber aplicado una anestesia general a un menor para que la fonoaudióloga pudiera llevar a cabo el estudio de audiometría sin haberse asegurado de que el consultorio contara con los aparatos adecuados para la ocasión.

El anestesista ve enmarcada su responsabilidad por las consecuencias de sus actos ya que sabiendo o debiendo saber que podría existir la posibilidad de que surja de pronto alguna emergencia o alguna complicación a pesar de la previsión que se tome, la mínima posibilidad de que ocurra un accidente no debió dejarse de tomar en cuenta como un hecho que poria suceder. Por ese motivo resulta responsable ya que al omitir las diligencias que se exigen en el cumplimiento de su labor y aumenta cuando el deber de actuar con prudencia es mayor.

En lo que respecta a la licenciada Zubizarreta, que es formada en fonoaudiología, no se trata de una médico, y por tanto no se haya responsabilidad en ella ya que el proceso anestésico

debía ser llevado a cabo por un médico especializado en anestesiología, este profesional de la salud tenía una autonomía absoluta, y era el encargado de la aplicación y monitoreo de la anestesia, en ese sentido, no es adecuado atribuir responsabilidad a la licenciada ya que era necesario sedar primero al paciente para hacerle el estudio auditivo BERA cosa que no se llevó a cabo debido a la tragedia ocurrida.

La responsabilidad de la obra social no se trata solo de brindar asistencia médica a través de los profesionales de la salud, sino que las condiciones en las que se preste el servicio, en lo que respecta a la intervención del médico y servicios auxiliares, que el enfermo no sufra daños por falta de la atención idónea prometida. Frente a estas circunstancias, la premisa de que la demandante tenía una vasta pluralidad de posibilidades para optar al experto o establecimiento donde sería atendido su hijo no tiene ningún sentido.

Los rubros indemnizatorios explorados en la sentencia y que fueron pedidos por las partes, en cuanto al costo de vida se ha sostenido en forma constante que la indemnización en lo que respecta al rubro "valor vida" procede sea que las víctimas sean menores de edad, ya que se trata de remediar el menoscabo que el fallecimiento del niño o joven implica en la actualidad o puede involucrar en el futuro para sus seres queridos, en cuanto a la ayuda financiera que les hubiera podido ofrecer, que se traduce en la indemnización de pérdida de una "chance".

Por otro lado, es claro que la muerte del hijo ha estropeado la genuina expectativa de conseguir asistencia de su hijo en la vejez o enfermedades. Es lo que pasa en el transcurso de la vida, no se trata sólo de valorar la potencial ayuda financiera que habrían recibido, sino se trata sobre todo la ayuda del cuidado personal, que no tiene solamente un valor moral, es decir, de materia extrapatrimonial, sino se trata también de un significado económico que justifica la compensación.

En este sentido, es conforme aseverar que el fallecimiento de un hijo es una pérdida presente, porque es al momento de la muerte de ese menor en que los padres ven estropeadas sus legítimas expectativas en la asistencia filial. Es así como se trata de un daño concreto y no hipotético. Desde esta figura, es que se concibe procedente la indemnización del perjuicio material por el fallecimiento de menores, aun cuando éstos resulten ser de corta edad.

El tema de la pérdida de la chance genera dificultades, es cierto, en lo que concierne a la búsqueda de la certeza, ya que se trata generalmente de sucesos de los que no se puede sacar con absoluta certidumbre si se ha ocasionado o se ocasionarán consecuencias dañosas al sujeto que alega el perjuicio, sin embargo, en lo que respecta a la muerte de menores, sin importar su edad, el ser de mayor o menos edad no implica que pueda ser puramente hipotético, aun cuando la certidumbre del daño pueda variar de acuerdo a esa edad. Entonces

a mayor proximidad del menor a una edad en la que pudiese aportar financieramente a sus progenitores le daría derecho a una compensación superior en la cuantía económica en la medida que brinda certezas a la pérdida de esa oportunidad.

Según lo expuesto se desestimarán los agravios de los demandados y se concluye que el daño material resulta procedente, en cuanto a la cuantía concedida por el juzgador, y principalmente la edad que tenía el menor en el momento de su muerte (cinco años) y que sufría una invalidez la que no puede conocerse con certeza cómo pudo evolucionar con el tiempo, sin dejar de atender que lo que se indemniza es la pérdida de oportunidad de superar el escenario que finalmente produjo la muerte del hijo de la reclamante, me lleva a reflexionar que la cuantía por este concepto debe disminuirse a la cantidad de \$ 70.000.

El resarcimiento del daño moral fue examinado también para el supuesto de incumplimiento contractual, hay que tener en cuenta que tal daño se configura cuando se afecta al individuo en sus sentimientos, su equilibrio emocional, su espiritualidad, su honor, su paz. Se agrega también que la pérdida de un hijo podría ser comparable tal vez solo con la amputación de una parte de tu ser, un dolor que se podrá extinguir solo con la muerte de la persona, un dolor que no se atenúa teniendo otros hijos, el hijo que se ha perdido se va a sentir siempre en el más profundo pesar del alma.

A fin de valorar la entidad del daño se debe tomar en cuenta que el menor era el único hijo de la demandante quien fue en todo momento la que se ocupó de su formación y sustento, por lo que con su fallecimiento se frustró esa maternidad tan esperada. Se tiene que tener en cuenta también la enorme angustia a la que fue sometida la accionante debido a lo trágico de las circunstancias. Se debe advertir entonces que la responsabilidad de los demandados contra los que prospera la demanda se limita a la pérdida de chance. Por dichas menciones, se estima que la pérdida de un hijo único que no enfrentaba una enfermedad terminal, ni llevaba ninguna patología que hiciera predecible su muerte próxima, configura un daño moral auténtico. De igual forma, como pérdida de chance que incurre en el daño moral, el monto de \$150.000 fijada en la sentencia resulta excesiva, y en ese sentido, las peculiaridades del caso y la evaluación de la Sala en escenarios parecidos, llevan a consentir parcialmente los cargos de los condenados y descender el monto indemnizatorio del daño moral al monto de \$ 100.000 con el valor de la fecha del pronunciamiento de la sala..

En lo que concierne al daño psicológico en la sentencia el juez concedió el monto de \$29.800 por este tema. La actora desea que se aumente la cuantía establecida y los demandados quieren mostrarle al juez que el daño psicológico se encuentra dentro del daño moral y que se debe desestimar el reclamo. En la sentencia se evidencia que el juez antes de plantear el tratamiento del daño psicológico hizo ahínco en la discrepancia que hay entre el daño moral. En esa misma línea, no incluye el tratamiento del daño psicológico dentro del daño moral,

sino que se enfocó en diferenciar los dos reclamos ya que son conceptos diferentes, uno se trata de un detrimento patológico de la salud psíquica de la víctima, mientras que el otro implica en los sentimientos, emociones o en la interioridad del damnificado.

En lo que respecta al daño físico, en la instancia precedente, se especificó las conclusiones de la pericia médica y las definiciones que exponían que de los estudios complementarios hechos a la actora no se evidenciaron signos de padecer enfermedad alguna ya que solo en uno de los estudios presentaba taquicardia y bradicardia, se asignó entonces a este concepto la suma de \$20.000 basado en que el Dr. Héctor Antonio Contrera, médico que examinó a la demandante, relató que cuando examinó a la reclamante descubrió una arritmia cardíaca ocasionada por múltiples causas, entre la que está el estrés emocional.

Como se evidencia, al no exhibir la demandante secuelas físicas incapacitantes, es pertinente subrayar que las molestias, incomodidades y problemas físicos han sido valorados cuando se abordó el daño moral. En ese sentido el juez vota por modificar lo resuelto en la instancia precedente, desestimando el otorgamiento del daño físico.

Tabla 26: Criterio Jurisprudencial del expediente 10.117/97

Análisis de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica desde la perspectiva del derecho civil.

ORGANO JURISDICCIONAL	CRITERIO JURISPRUDENCIAL
<p>Cámara Nacional Civil –Sala L, Expediente N° 10.117/97</p>	<p>En casos en los que se determinó que el reproche consistió en la pérdida de chance de curación se ha establecido que el límite de la responsabilidad está dado por la pérdida de la chance de curación y no por el desarrollo definitivo de la enfermedad porque se ha dicho que el médico no puso la enfermedad en el paciente sino que simplemente no contribuyó a tratar de detener a ésta (conf. CNCiv. Sala "F", "Rolón González, María Ernesta y otro c/ M.C.B.A y otros/ daños y perjuicios", junio 14/2000, voto del Dr. Posse Saguier, entre otros).</p>

Fuente: Elaboración

CHILE

CASO 1

Tabla 27: Cuadro informativo del expediente N°41.890-2017 de la Corte Suprema de Chile

Expediente N° 41.890-2017 / Tercera sala de la Corte Suprema	
Materia	Indemnización de perjuicios
Procedimiento	De parte
Denunciante	Catalán López Adriana María
Denunciados	Servicio de Salud Metropolitano Central/Centro de Salud Familiar –CESFAM-
Procedencia	Tercera Sala de esta Corte Suprema
Hechos	La denunciante sostiene que entre diciembre de 2009 y noviembre de 2010 acudió en diversas oportunidades al Centro de Salud Familiar –CESFAM- perteneciente a la red de salud de Maipú, manifestando la dolencia que presentaba en uno de sus senos, unida a la presencia de una protuberancia, así como el evidente hundimiento del pezón. Añade que, a pesar de la existencia de señales inequívocas de problemas en la mama derecha, no fue sometida al examen físico que por antonomasia se realiza en este tipo de procedimientos, ordenando sin más la práctica de una mamografía y ecografía mamaria, cuyos resultados, ilustrativos de la enfermedad que le aquejaba, tampoco fueron observados con la debida diligencia, aun cuando en ellos se entregaban indicios claros acerca de la patología en desarrollo. Sostiene que desconociendo el mérito de los hallazgos localizados en la mama derecha, se dispuso únicamente la práctica de controles médicos distanciados entre sí por extensos intervalos, pero sin que se le practicara ningún examen especial, empeorando en el intertanto su condición de salud. Luego, en noviembre de 2010, sólo con motivo del resultado de exámenes practicados por orden de un médico del sector privado de salud, fue trasladada al Hospital Clínico San Borja Arriarán, para la realización de una mastectomía total derecha por “Ca Mama derecha”, todo lo cual no es sino ilustrativo de la falta de servicio que denuncia, toda vez que las acciones descritas impidieron el diagnóstico y tratamiento oportuno acorde con la sintomatología presentada hasta ese entonces.
Numero de Resolución	N° 41.890-2017
Fallo de primera instancia	Declara infundada la denuncia
Fallo de segunda instancia	Declara infundada la denuncia

Fuente: Elaboración propia

En la presente sentencia, nos encontramos frente a un caso en el cual la señora Adriana Catalán López, usuaria del Servicio de Salud Metropolitano Central el día 14 de diciembre de 2009 concurrió al centro de salud Familiar Dr. José Eduardo Ahues Salame de la comuna de Maipú, por molestias en su seno derecho cuando fue atendida por el médico general Dr. Lederman quien ordenó sacarse una mamografía, la que se realizó el mismo día, cuyos resultados fueron: “Mamas densas de aspecto mastopático que es necesario evaluar con ecotomografía para descartar la presencia de nódulos ocultos. BI-RADS II. Se sugiere control mamográfico anual”, seguidamente el día 17 de diciembre de 2009 se realiza la ecotomografía mamaria la que arrojó como conclusión: “Hallazgos ecográficos compatible con mastopatía de grado moderado a severo”.

El 13 de enero del 2010 los resultados de ambos exámenes son presentados por la demandante en el centro de atención primaria, indicándoles que el dolor que la aquejaba persistía, el diagnóstico que le dijeron es padecer una mastopatía fibrosa moderada a severa, seguido a esto se posterga en seis meses la realización del control médico. La demandante concurre el día 26 de mayo al centro de salud donde le hacen el control anual de la paciente. El día 4 de noviembre la demandante es atendida por un galeno en un centro médico particular quien ordena la realización de una mamografía y ecotomografía mamaria, cuya práctica se materializa el día 8 de ese mes, evidenciándose el siguiente resultado: “Las alteraciones descritas en la mama derecha, son altamente sugerentes de atipia mamaria. BI-RADS 5”. Seguido a esto el día 10 de noviembre se informa y diagnostica la actora que padece de cáncer de mama, dos días después la demandante presenta el resultado de los exámenes ante el Centro de Salud Familiar, desde el cual se ordena la inmediata derivación al Hospital Clínico San Borja Arriarán por sospecha de cáncer de mama derecha. El 4 de diciembre es sometida a una intervención quirúrgica en dicho recinto hospitalario donde se le practica una mastectomía total derecha.

Todos estos hechos mencionados, analizados en conjunto evidencian y configuran una falta de servicio, pues claramente el servicio de salud metropolitano Central no otorgó a la usuaria la atención de salud requerida de manera eficaz y eficiente, en la misma línea, existe una falta de servicio evidente y directa ya que la paciente, después de la primera consulta realizada ante el centro de salud de atención primaria, hubo un hallazgo compatible con una mastopatía calificada de moderada a severa, a pesar de lo cual se postergó el control médico necesario hasta el mes de julio de 2010, es decir, por un tiempo equivalente a seis meses después.

Los antecedentes mencionados tienen lo necesario para ser calificados como generadores de responsabilidad puesto que se desarrollan en el contexto de la prestación de un servicio público, a través de agentes que se desempeñan en un centro de atención primaria, y que en el ejercicio de sus funciones deben proveer las prestaciones médicas necesarias al paciente,

de forma tal de evitar su exposición a riesgos innecesarios, sin escatimar esfuerzos para ello, sobre todo porque se cuenta con equipo técnico y profesional para llevar a cabo tal labor, siendo del todo exigible que se agoten las medidas necesarias para evitar que se produzcan resultados dañosos en la prestación del servicio de salud que se brinda a los usuarios del sistema.

Establecida la falta de servicio en la que incurrió el Centro de Salud Familiar Dr. José Eduardo Ahués Salame, cabe referirse a los restantes requisitos de la responsabilidad demandada, esto es, a la relación de causalidad y a los daños, para que se genere responsabilidad por falta de servicio es necesario que exista una relación de causalidad que exige un vínculo necesario y directo. En este mismo orden de ideas se sostiene que un hecho es condición necesaria de cierto resultado cuando de no haber existido éste, el resultado tampoco se habría producido.

En materia sanitaria la certidumbre sobre la relación causal es difícil de establecer, por lo que en estos regímenes de responsabilidad en la mayoría de los casos sólo será posible efectuar una estimación de la probabilidad de que el daño se deba a un hecho o, al incumplimiento de un deber de atención eficaz y eficiente, por el cual el demandado deba responder. En el caso concreto, existen dificultades para establecer el vínculo causal, atendido los grados de incertidumbre. En efecto, una vez establecido que el servicio prestado a la paciente Adriana Catalán López fue deficiente, no debe perderse de vista que, en definitiva, el reproche que se formula a la Administración es no haberle entregado un diagnóstico y tratamiento oportuno, razón por la que no es posible establecer de modo inequívoco el vínculo de causalidad entre la falta de servicio asentada y el desarrollo de una enfermedad de esta envergadura, pues no se puede determinar, con el grado de certeza necesaria, que un diagnóstico y tratamiento que comenzara al menos dentro del mes de enero de 2010 hubiera impedido el crecimiento anormal y desordenado de células del tejido mamario o la extirpación completa del seno derecho; no obstante aquello, indudablemente es posible aseverar que tal atención o más bien la oportuna derivación al nivel secundario de atención de salud, sí habría otorgado a la paciente una posibilidad clara de tratamiento. En efecto, las posibilidades de combatir la enfermedad –cáncer de mama- aumentan mientras más temprano se inicie el tratamiento adecuado. Así, resulta pertinente, traer a colación la teoría de la pérdida de la chance para los efectos de determinar la atribución de responsabilidad.

Respecto de la pérdida de la chance o pérdida de oportunidad, la doctrina extranjera ha referido que entre lo actual y lo futuro, lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro, hay zonas limítrofes o zonas grises, como las llama la doctrina, y tal es el caso de la ‘chance’. Añade que se trata de una situación en que hay un comportamiento antijurídico que ha interferido en el curso normal de los acontecimientos, de manera que ya no puede saberse si el afectado por ese comportamiento habría o no obtenido cierta ganancia o evitado cierta

pérdida. Es decir, que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener o no cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades.

En la doctrina chilena se ha sostenido que la pérdida de una chance se encuentra entre estas últimas hipótesis (cuando no se sabe lo que habría ocurrido en el futuro de no haberse cometido el hecho ilícito), esto es, incide en la frustración de una expectativa de obtener una ganancia o de evitar una pérdida. Pero, a diferencia del daño eventual, en los casos de pérdida de una oportunidad puede concluirse que efectivamente la víctima tenía oportunidades serias de obtener el beneficio esperado o de evitar el perjuicio, tal como ya se ha mencionado”, destacando enseguida que se trata del caso de “una víctima que tenía oportunidades de obtener un bien ‘aleatorio’ que estaba en juego (ganar un proceso, recobrar la salud, cerrar un negocio, acceder a una profesión, etcétera) y el agente, al cometer el hecho ilícito, destruyó ese potencial de oportunidades (olvidó apelar, no efectuó un examen, omitió certificar un documento, lesionó al postulante, etcétera). La víctima en todos estos casos se encontraba inmersa en un proceso que podía arrojarle un beneficio o evitarle una pérdida (tratamiento médico, apelación de una sentencia, preparación de un examen, etcétera), y el agente destruyó por completo con su negligencia las chances que la víctima tenía para lograr tal ventaja”.

También se puede inferir acerca de la pérdida de oportunidad que las chances por las chances no se indemnizan, estas deben representar para el demandado la posibilidad de estar mejor, no es la privación de una chance en sí lo que la hace indemnizable, sino la concatenación de ésta a un resultado eventualmente más beneficioso para la víctima. Lo que se sanciona con la pérdida de chance no es el hecho de que la víctima no haya podido optar, elegir, escoger, decidir (un análisis como ese sería incompleto); antes bien, la pérdida de la chance se hace indemnizable sólo cuando las chances representan para la víctima de su privación una probabilidad de quedar en mejores condiciones, sea porque se podría obtener algo mejor o mayor, sea porque se suprime un riesgo existente.

En el caso concreto, el vínculo de causalidad, se relaciona estrechamente con la teoría en análisis, pues aplicando las ideas expuestas en los considerandos anteriores se concluye que la relación causal no se vincula con el desarrollo de cáncer de mama por la paciente y posterior mastectomía -pues existen grados de incertidumbre que impiden establecer el nexo causal-, sino que con la circunstancia de privarle de una oportunidad de obtener precozmente un tratamiento eficaz.

En efecto, la omisión de una atención, diagnóstico y tratamiento oportuno sólo puede relacionarse causalmente con la pérdida de la oportunidad de una posible detención o

Análisis de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica desde la perspectiva del derecho civil.

destrucción de las células cancerosas que le habría entregado a la paciente el tratamiento oportuno, pues de no mediar la falta de servicio establecida en autos, aquélla habría tenido la opción de haber iniciado prontamente un tratamiento acorde con la enfermedad, chance de la que fue privada por la actuación negligente de los funcionarios pertenecientes al servicio demandado. Así, lo relevante es que la falta de servicio, esto es, el mal funcionamiento del Servicio de Salud Metropolitano Central –Centro de Salud Familiar Dr. José Eduardo Ahués Salame-, privó a la paciente de la posibilidad de un tratamiento oportuno que hubiera eventualmente impedido las consecuencias perniciosas que en definitiva padeció.

Tabla 28: Criterio Jurisprudencial de la resolución 41.890-2017

Análisis de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica desde la perspectiva del derecho civil.

ÓRGANO JURISDICCIONAL	CRITERIO JURISPRUDENCIAL
<p>Expediente N° 41.890-2017 / Tercera sala de la Corte Suprema</p>	<p>..Entre nosotros se ha sostenido: “La pérdida de una chance se encuentra entre estas últimas hipótesis (cuando no se sabe lo que habría ocurrido en el futuro de no haberse cometido el hecho ilícito), esto es, incide en la frustración de una expectativa de obtener una ganancia o de evitar una pérdida. Pero, a diferencia del daño eventual, en los casos de pérdida de una oportunidad puede concluirse que efectivamente la víctima tenía oportunidades serias de obtener el beneficio esperado o de evitar el perjuicio, tal como ya se ha mencionado”, destacando enseguida que se trata del caso de “una víctima que tenía oportunidades de obtener un bien ‘aleatorio’ que estaba en juego (ganar un proceso, recobrar la salud, cerrar un negocio, acceder a una profesión, etcétera) y el agente, al cometer el hecho ilícito, destruyó ese potencial de oportunidades (olvidó apelar, no efectuó un examen, omitió certificar un documento, lesionó al postulante, etcétera). La víctima en todos estos casos se encontraba inmersa en un proceso que podía arrojarle un beneficio o evitarle una pérdida (tratamiento médico, apelación de una sentencia, preparación de un examen, etcétera), y el agente destruyó por completo con su negligencia las chances que la víctima tenía para lograr tal ventaja” (Mauricio Tapia Rodríguez, “Pérdida de una chance: ¿un perjuicio indemnizable en Chile?”, en “Estudios de Derecho Civil VII”. Jomadas Nacionales de Derecho Civil. Viña del Mar, 2011. Fabián Elorriaga de Bonis (Coordinador). Legal Publishing Chile, pág. 650).</p>

Fuente: Elaboración propia

Análisis de Casos nacionales

Dado que nuestro tema de investigación se ha desarrollado con una limitación de jurisprudencia en el ámbito peruano, se analizarán algunas resoluciones del ámbito civil que tienen relación con nuestros objetivos.

N°	Lugar	Sentencia	Descripción
1	Lima	Casación 1379-2009	Obligación de dar suma de dinero
2	Arequipa	Casación 2469-2018	Indemnización por daños y perjuicios
3	Sullana	Casación 5530-2017	Indemnización por daños y perjuicios
4	Lima	Casación 3101-2009	Indemnización por daños y perjuicios

Caso N°1

En el presente caso, la entidad Scotia Sociedad Agente de Bolsa Sociedad Anónima interpone recurso de casación contra la sentencia de vista emitida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha seis de noviembre del dos mil ocho que confirmó la sentencia de primera instancia de fecha diecinueve de octubre del dos mil cuatro que declaró fundada en parte la demanda sobre obligación de dar suma de dinero.

Entre los fundamentos del recurso de Casación se afirma, principalmente, que el juez superior cae en contrariedad en sus fundamentos al confundir el daño emergente, cierto y efectivo, con el daño hipotético (pérdida de chance), además, existe un pronunciamiento extra petita pues el demandante solo habría señalado como causal de daño el no haber podido adquirir acciones de Credicorp.

En ese sentido, en el campo de la doctrina, con respecto al perjuicio patrimonial tenemos dos daños característicos los cuales son: el daño emergente y lucro cesante. El primero corresponde a la disminución del patrimonio, es decir, desembolsos que serán necesarios en el momento y después derivados del acto dañoso. El segundo daño involucra la ganancia cierta dejada de percibir o que se percibirá después.

En ese sentido, la Sala considera que efectivamente hubo una pérdida de oportunidad o chance del demandante porque de manera cierta se frustró la posibilidad de invertir en la bolsa de valores.

CASO N°2

El recurso de Casación interpuesto por la demandante sucesora procesal Karla Judith Alvarez Moscoso contra la sentencia de vista de fecha ocho de mayo de dos mil dieciocho, que confirmó la sentencia de primera instancia de fecha cuatro de setiembre de dos mil diecisiete, que declaró infundada la demanda de indemnización por daños y perjuicios. En

los antecedentes, el demandante Daniel Alvarez Nuñez, representante de Dialvan Equipos S.C.R.L., interpone demanda de indemnización por daños y perjuicios en contra del Banco Interbank, referido al contrato de levantamiento de hipoteca y otorgamiento de nuevo crédito hipotecario celebrado entre las partes. El demandante alega que se le ha perjudicado en razón a la hipoteca mantenida en el predio ubicado en Portal de San Agustín 139 Cercado Arequipa, cuya deuda estaba cancelada y cuyo crédito no había sido desembolsado, solicitando por ello la cantidad de US\$ 230,826.39 dólares americanos y se ordene el pago de US\$ 264,851.23 dólares americanos a Vilma Beatriz Aurelia Álvarez Nuñez por concepto de indemnización por responsabilidad civil extracontractual, por mantener una hipoteca sobre su inmueble que no le correspondía ya que ella no mantenía ninguna deuda ni el demandante tampoco. La codemandada alega que tuvo que vender su inmueble a un precio bajo de lo que le costó debido a la afectación de la hipoteca sobre su inmueble, lo que le ocasionó un perjuicio económico. Si bien la codemandada presenta como prueba el testimonio del ofertante Juan Carlos Tejada, quien le estaba ofreciendo \$280,000.00 pero este se desistió al tener conocimiento de la hipoteca, y la declaración de la pérdida de chance de no obtener ese monto que le estaban ofertando, no da una mayor certeza de si en caso la hipoteca no hubiera existido el precio actual seguiría siendo el mismo y obtendría un monto mucho mayor, sobre todo si ya preexistía una hipoteca la cual la codemandada tenía conocimiento, es por ello que el juez A quo desestima esa parte de la demanda.

CASO N° 3

La presente es una casación de indemnización por daños y perjuicios de la Corte Suprema de Justicia de la Republica Sala Civil Transitoria del 12 de agosto del 2019. Se trata del recurso de casación interpuesto por el señor Glower Adhetmir Arévalo Ircas contra la sentencia emitida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Sullana, que confirmó la sentencia apelada que declaró fundada en parte la demanda de Indemnización por Daños y Perjuicios por Responsabilidad Civil Contractual contra el Banco Continental, en el extremo que reconoce la suma de 10 mil soles por daño moral; y asimismo, confirmó el extremo que declaró infundada la demanda en la parte en que peticiona una indemnización por lucro cesante; y revocó la pretensión referida al daño emergente, y reformándola, declaró infundada dicha pretensión.

En los antecedentes podemos apreciar que Glower Adhetmir Arévalo Ircas interpone demanda de Daños y Perjuicios por Responsabilidad Civil Contractual, con la finalidad que el Banco Continental, Sucursal Talara, le pague la suma de 100 mil soles, por daño moral, lucro cesante y daño emergente, ya que él es un pequeño empresario que necesita del sistema crediticio para seguir en su proceso de crecimiento en los negocios, sin embargo, a raíz de que el Banco Continental autorizara publicar una información histórica adversa en el sistema financiero aduciendo una supuesta deuda impaga, trajo como consecuencia que entidades

financieras como BCP (Banco de Crédito del Perú) y Scotiabank le hayan bloqueado el crédito que habían otorgado a su favor, causándole esto un gran daño moral y económico.

Afirma el señor que para continuar con sus negocios como pequeño empresario solicitó a Scotiabank-Sucursal Talara, un préstamo personal para Pymes de 35 mil soles, adjuntando la documentación necesaria, obteniendo como respuesta de la citada entidad bancaria, que no calificaba por tener información histórica adversa en el sistema financiero, esta situación frustró sus expectativas económicas y le negó la posibilidad de seguir creciendo como empresario, aumentar su capital y de esta manera surgir en el desarrollo de sí mismo, causándole la quiebra.

Manifestó también que la tarjeta que le bloquearon le era de suma importancia, ya que con ella cancelaba gastos de primera necesidad, que acudió a los funcionarios del Banco demandado, obteniendo negativas, ante lo cual cursó una carta notarial de fecha 5 de mayo de 2008, solicitando un esclarecimiento, y reiteró su pedido mediante carta notarial de fecha 5 de noviembre del mismo año. La parte demandada mediante carta de fecha 26 de mayo de 2008, le manifestó, que la entidad financiera no había enviado información a las centrales de riesgo respecto a supuestas deudas impagas, confirmando que no mantenía obligación vencida alguna, adjuntando para tal efecto, una constancia de no adeudo. Ante ello, acudió a denunciar los hechos ante la SBS (Superintendencia de Banca, Seguros y AFP), pues el Banco accionado aducía no haber enviado información a las centrales de riesgo en relación con supuestas deudas impagas, información que quedó desmentida con un oficio cursado por la SBS, donde según sus indagaciones demostraron el error de la entidad financiera demandada.

Mediante un escrito la representante legal del Banco Continental contesta la demanda, indicando que la anulación de la tarjeta de crédito del accionante se produjo el 17 de noviembre de 2007, según relación de tarjetas de crédito anuladas emitida por la SBS, sin embargo, el demandante tuvo conocimiento de tal hecho hasta el 4 de abril de 2008, fecha en que, según carta notarial, se apersonó al grifo San Martín a las 11:30 a.m., y al momento de cancelar con la tarjeta de crédito, se le comunicó que esta se encontraba anulada. El recurrente sostiene que no tomó acción alguna de modo inmediato, pues recién el 6 de mayo de 2008 informó al Banco Continental que su tarjeta había sido anulada, comunicación que realizó después de más de un mes.

Dice también la parte demandada que ante la carta notarial enviada por el demandante procedieron a verificar la información contenida y se detectó que por error se había anulado su tarjeta de crédito e inmediatamente se inició el trámite para rectificar la información, para evitar así que los datos errados lleguen hasta las centrales de riesgo, aceptan que hubo un error involuntario por parte del banco al anular la tarjeta, sin embargo, indican que dicho

error no causa ningún daño en el demandante y que la finalidad de la demanda es aprovecharse económicamente de la entidad financiera.

En la sentencia en primera instancia el Segundo Juzgado Civil de Talara de la Corte Superior de Justicia de Sullana, mediante la resolución de fecha 14 de mayo de 2015, declaró fundada en parte la demanda de Indemnización por Daños y Perjuicios por Responsabilidad Civil Contractual, ordenando el pago de S/87,349.00 por daño emergente, y la suma de S/10,000.00 por daño moral, e infundada la demanda en el extremo que reclama lucro cesante.

De dicha resolución se extraen fundamentos como que la responsabilidad civil es contractual, pues proviene del incumplimiento de obligaciones, ya que entre el demandante y la entidad se evidencia un vínculo contractual de tarjeta de crédito bancario que al verse vulnerado dio origen a la demanda interpuesta. En lo que refiere a la antijuricidad la entidad financiera no ha acreditado que la anulación de la tarjeta de crédito y el reporte erróneo a la central de riesgos de la SBS fuese la respuesta a una deuda impaga del demandante.

En lo que respecta al daño, se infiere que ha existido un daño al demandante y este lo constituye el hecho de anularle la tarjeta de crédito sin justificación alguna, y el hecho de ser reportado a la central de riesgos por una deuda impaga inexistente. Ahora bien, respecto a la relación causal, la entidad financiera no corroboró adecuadamente la existencia de una deuda, dando esto origen al reporte a la central de riesgos, teniendo esto como consecuencia que distintas entidades financieras y empresas bloquearan los créditos solicitados por el demandante. Sobre el factor de atribución, hay convicción que la entidad financiera demandada ha procedido con negligencia grave ya que no se comportó conforme al deber de diligencia y como consecuencia brindó información equivocada del demandante a la central de riesgos sin verificar dicha información.

Seguidamente en lo que respecta a la cuantía en relación con el daño emergente se fijó el monto de acuerdo con los préstamos solicitados por el demandante, las sumas de S/35,000.00 y S/50,000.00 soles; asimismo, por S/2,349.00 soles por la compra de una computadora. Indican también en la presente sentencia de primera instancia que el lucro cesante no ha sido debidamente comprobado respecto a la frustración de sus expectativas económicas, sin embargo, sobre el daño moral se infiere que al haberse anulado la tarjeta de crédito e informado de forma errónea a la central de riesgos, se ha deteriorado su reputación crediticia lo que supuso que dejara de ser sujeto de crédito, por este motivo se fija la suma de S/10,000.00 soles.

En la presente casación se aborda la pérdida de oportunidad, como el intento de reparar el perjuicio que se produce cuando el acto dañino ha frustrado la posibilidad de obtener una

ventaja patrimonial o de evitar una pérdida, ello determina que se haya despojado al sujeto de ejercer las posibilidades que tenía de obtener un beneficio, o de evitar un menoscabo que, aunque futuro, no por ello puede desestimarse su indemnización.

Si bien es cierto, la pérdida de oportunidad trata de indemnizar la frustración de haber obtenido un beneficio o evitado que acceda a él, es necesario antes cerciorarse que dicha oportunidad realmente se haya generado en la esfera jurídica del demandante, dicho en otros términos, para que se configure el daño debe existir un bien jurídico y una oportunidad real de ser afectado, que en este caso se manifiesta en la oportunidad de que se incorpore al patrimonio del afectado.

Cuando se afirma que a pesar de que se determinó la responsabilidad del Banco Continental, se exonera a la entidad financiera emplazada del lucro cesante y del daño emergente se debe señalar que la cuestión fundamental es establecer la oportunidad que tenía o no el accionante de acceder al beneficio económico, y que generada dicha oportunidad, este beneficio se adhiere como un activo de su patrimonio, y con esto le es posible generar un beneficio futuro. En la misma línea, como sostiene el demandante en su recurso de casación, donde señala que si bien la pérdida de oportunidad trata de indemnizar la frustración de la oportunidad de haber obtenido un beneficio o evitado una pérdida, es preciso verificar que dicha oportunidad realmente se haya generado en la esfera jurídica del demandante ya que el artículo 1321 del Código Civil no obliga que luego de haberse determinado la responsabilidad civil del demandado, este deba otorgar el pago de una indemnización por concepto de daño emergente y lucro cesante, ya que para acceder a la indemnización, deben apegarse, al material probatorio que acredite la configuración de los daños y se cuantifique la indemnización.

En ese sentido, el juez ha establecido que no existe material probatorio que acredite los daños no estimados; en efecto el demandante no ha probado que la oportunidad del crédito que solicitó realmente se haya generado, pues, la existencia de un historial crediticio desfavorable no constituye el único motivo para no acceder a un crédito, lo cual significa que para que exista la posibilidad real de que el demandante pueda acceder a los créditos solicitados, debió presentar la información respectiva, y de esta manera acreditar el cumplimiento de todos los demás requisitos que exige cada una de las entidades financieras donde solicitó los citados créditos o, en todo caso, presentar la información que confirme que había sido favorecido con otros créditos por sumas similares a los montos solicitados, y que estos aplicados a la actividad empresarial que realiza le produjeron resultados favorables que cubrían el monto solicitado.

Es por esas razones que la sala declara infundado el recurso de casación, ya que no se presentó el material probatorio para determinar fehacientemente si existió una pérdida de oportunidad, en ese sentido podemos concluir, que para sustentar en una sala la teoría de la pérdida de oportunidad se debe ser muy cuidadoso de obtener todo el material probatorio

para demostrar que el daño causado generó una pérdida de oportunidad de obtener un beneficio o evitar un menoscabo.

CASO N° 4

La presente es un recurso casación interpuesto por el Banco de Crédito del Perú (BCP) contra la sentencia emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que revocando la sentencia de primera instancia que declaró infundada la demanda, y, reformándola declara fundada en parte, ordenando que el banco demandado pague a los demandantes Profuturo AFP, Enrique Alberto Agois Paulsen y Marcia Mindreau Navarrete de Agois, John Cannock Espejo y Paola Alicia Cortes Guerrero, la suma indemnizatoria de seiscientos sesenta mil dólares; e infundada respecto a los codemandantes Inversiones y Valores Sudamericana S.A y Minera del Hill – MDH S.A

En relación con la “pérdida de la chance”, Orgaz Alfredo señala: “se trata de una indemnización de la chance misma y no de la ganancia que era objeto de aquella”. Agrega el autor que lo cita que, “Este tipo de indemnización se orienta a reparar el daño que se produce cuando el acto dañino ha frustrado la posibilidad que todavía no era una certidumbre de obtener una cierta ventaja patrimonial o de evitar una pérdida de posibilidad actual una pérdida.

La Corte de Apelaciones de Roma ha definido acertadamente esta institución como la pérdida de la posibilidad de conseguir un resultado útil que configura una lesión del derecho a la integridad del propio patrimonio, cuyo resarcimiento es consecuencia de haberse verificado un daño emergente de pérdida de posibilidad actual y no de un futuro resultado útil y que en tal sentido el daño por pérdida de la chance se va a configurar simplemente como pérdida definitiva de la probabilidad ya existente concretamente en el patrimonio del damnificado de conseguir una ventaja económica futura.

La Sala Civil, luego de la evaluación de los medios probatorios efectuados, arriba a la conclusión que sí ha existido responsabilidad civil del banco por inejecución de obligaciones, como por el incumplimiento tardío con culpa inexcusable, además de haber incurrido con dolo, respecto a las prestaciones que debía efectuar, sobre todo al no informar el real estado financiero de la empresa emisora de los bonos; se indica también que no podría asegurarse que una actuación diferente hubiese impedido la pérdida total o parcial o que se hubiera alcanzado la recuperación del valor de los bonos razón por la que concluye que la indemnización a cobrar es por la “pérdida de la chance”; conclusión que no afecta en modo alguno el principio de congruencia, desde que la Sala ha cumplido con emitir pronunciamiento en los términos que se ha demandado, esto es, la indemnización solicitada por la inejecución de obligaciones.

En ese sentido, habiéndose establecido en la pretensión, determinar la existencia de la obligación que tuviera el Banco demandado de abonar a los demandantes la suma pretendida en la demanda, establecer si la pretensión consiste en la restitución del capital e intereses adeudados por BASA a los obligacionistas y la responsabilidad civil que tuviera BASA y los Bancos denunciados respecto a la pretensión indemnizatoria materia de la demanda, lo cual configura una incoherencia evidente que viola el principio procesal previsto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, en el que se incurre en un vicio que traería la nulidad de la resolución impugnada correspondiendo a la Sala Superior cumpla con pronunciarse sobre la pretensión de la causa teniendo presente al respecto que la demanda es el acto que da inicio al proceso y contiene la pretensión así como los puntos controvertidos fijados en la audiencia correspondiente.

Es así que la pérdida de oportunidad es un tipo de indemnización que se orienta a reparar el daño que se produce cuando el acto dañino ha frustrado la posibilidad de obtener una cierta ventaja patrimonial o de evitar una pérdida de posibilidad actual, lo cual en el presente caso no ha sido debatido por las instancias Jurisdiccionales, por lo que el recurso se declara fundado y se casa la sentencia. De esto podemos concluir que es necesario ser claro en nuestra pretensión al presentar una demanda ya que es en base a eso que se va a pronunciar el juez.

La Pérdida de oportunidad como daño indemnizable en el Código Civil Peruano

En concordancia con nuestros objetivos, para que nazca la responsabilidad civil debe existir un daño producto de una conducta antijurídica, pero no cualquier daño sino un daño cierto; es decir, se debe tener certeza del hecho generador del daño y el interés afectado, tomando en cuenta que el daño puede ser presente o futuro.

En nuestro Código Civil Peruano, los daños reconocidos en nuestra legislación se dividen en dos categorías: Patrimonial (Lucro Cesante y Daño emergente) y Extrapatrimonial (daño moral y daño a la persona).

Sin perjuicio de ello, la pérdida de oportunidad como daño indemnizable si estaría reconocido implícitamente en el artículo 1985 del Código Civil peruano. El artículo mencionado señala:

“La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral (...)”.

Es una redacción abierta a interpretación, en la cual estaría inmerso la pérdida de oportunidad. Cabe resaltar la importancia de la relación de causalidad entre el hecho y el daño producido que señala también dicho artículo.

Si bien es cierto, la pérdida de oportunidad se caracteriza por dos supuestos, el primero la certeza de que se ha frustrado las posibilidades de obtener una ventaja patrimonial o evitar o un menoscabo y por otra parte la incertidumbre de que si no se hubiera producido el daño el resultado hubiera sido el mismo. Sin embargo, no por ello deja de ser indemnizable, se tiene que establecer los criterios y los límites de la misma para proporcionar al juez en el momento de su pronunciamiento las herramientas jurídicas y así motive correctamente sus resoluciones judiciales sin caer en subjetividades.

El juez deberá tener un criterio de equidad para establecer una indemnización; en el caso, del daño por la pérdida de oportunidad, la indemnización dependerá del mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en realidad la chance perdida. La pérdida de oportunidad se ha ido desarrollando significativamente en cuanto doctrina y jurisprudencia, y resulta una vía alternativa de resarcimiento parcial en caso el perjudicado no pudiera probar la totalidad del perjuicio ocasionado. Por ello, para la aceptación jurisprudencial de la pérdida de oportunidad debe existir la posibilidad de admitir una certeza relativa, es decir, entre lo cierto y lo hipotético, el cual el derecho debe amparar porque está en juego un interés legítimo afectado, en este caso, de la oportunidad de obtener un beneficio o de evitar un menoscabo.

CAPÍTULO IV. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

4.1 Discusión

Tras describir y analizar los resultados obtenidos de las entrevistas realizadas a especialistas legales del Derecho Civil, las sentencias internacionales y nacionales sobre la pérdida de oportunidad en el campo sanitario, procedemos a realizar las discusiones y conclusiones para consolidar nuestros objetivos e hipótesis.

Durante el ejercicio de la medicina, en todo momento el médico debe de obrar diligentemente e informar al paciente del tratamiento quirúrgico a someterse; sin embargo, cuando el paciente se ve perjudicado por la acción u omisión del médico, en los procesos judiciales de responsabilidad civil existen complejidades al determinar el nexo de causalidad entre la acción u omisión del médico y el daño al paciente, que no permiten una adecuada indemnización por daños y perjuicios al paciente; más aún, cuando existe una serie de causas por las que puede ocurrir el mismo daño. Asimismo, el paciente se ve perjudicado en especial en situaciones de error de diagnóstico u omisiones en el tratamiento que privan al paciente de los cuidados médicos adecuados. Es así que la pérdida de oportunidad resultaría una opción con lo cual los pacientes perjudicados podrían optar para reclamar una indemnización por la disminución de posibilidades de curación y sobrevida.

La investigación realizada nos permite afirmar que la teoría de la pérdida de oportunidad en el ámbito sanitario se adecua a una nueva tipología de daño, la cual consiste en la frustración de oportunidades de tratamiento médico adecuado y la posible mejoría del estado de salud del paciente, procediendo un resarcimiento por el valor de la pérdida de oportunidades.

Esta hipótesis se relaciona con lo dicho por Tapia (2016), quien indica que resulta importante el estudio de la pérdida de oportunidad de sanar o sobrevivir en el área profesional de la medicina, donde las incertidumbres son abundantes, considerándose una alternativa para indemnizar parcialmente al paciente en relación al resultado final.

De acuerdo a los resultados correspondientes a las entrevistas, en la tabla n°01, el Dr. Cieza considera que la teoría de la pérdida de oportunidad implica el resarcimiento por la frustración de expectativas; sin embargo, en el Perú no está reconocido como tipo de daño en el Código Civil peruano, más bien es una figura del derecho europeo y continental, pero nada impide que sea posible una indemnización por frustración de expectativas. Por otro lado, el Dr. Escobar señala que la pérdida de una oportunidad procede en la certeza de pérdida patrimonial y gran probabilidad de que al no participar en una actividad el resultado sería otro distinto. En ese mismo contexto, Osterling y Rebaza (2008; p.8) establece que “La pérdida de oportunidad se produce cuando el acto dañino ha frustrado la posibilidad –todavía no había certeza- de obtener cierta ventaja patrimonial o de evitar un perjuicio”. Así pues, la pérdida de chance debe considerarse como una figura autónoma en el código civil a fin de resolver adecuadamente los procesos de indemnización por daños y perjuicios en el

ámbito sanitario; ya que en nuestra realidad peruana, la pérdida de chance no se encuentra regulada en la norma jurídica.

Con respecto a la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica, el Dr. Cieza especifica que la responsabilidad civil médica se encuentra regulada por norma especial y norma general. En la primera, se aprecia la Ley General de Salud, la cual establece en uno de sus considerandos que los médicos responden civilmente por dolo o culpa respecto a los daños causados, así también responde el establecimiento sanitario por responsabilidad solidaria. En el Código Civil Peruano, el artículo 1325° establece, en la responsabilidad civil contractual, que el deudor responde frente al acreedor por los actos dolosos o culposos realizados por los terceros a su cargo co dependientes. En cambio, el Dr. Escobar considera que la aplicabilidad de la pérdida de la chance es casi nula, y que esta debe ser considerada como daño patrimonial, pero cabe la posibilidad de que también sea tratado como daño extra patrimonial.

En la jurisprudencia argentina, Moisset (2015) señala que la pérdida de la chance debe ser conciso y bien fundamentado sin caer en vaguedad en la demostración de la posibilidad frustrada, aunque su previsión ocurra en el futuro. Respecto a la adecuación de la figura de la pérdida de oportunidad o chance en la responsabilidad civil, los entrevistados dieron cuenta que la pérdida de oportunidad o chance es un daño autónomo, en cual el sujeto dañado tiene la facultad para exigir el resarcimiento por la frustración de expectativas a consecuencia de la mala praxis médica. Por lo que, efectivamente, existe el cumplimiento de los cuatro presupuestos de la responsabilidad civil, los cuales son: la antijuricidad, el factor de atribución, el nexo causal y el daño.

Sin embargo, hay opiniones discordantes respecto a la determinación del nexo causal en la pérdida de oportunidad o chance, en tanto, en los casos en los cuales se atribuye responsabilidad al médico por la pérdida de oportunidad del paciente, no existe una conexión cierta y directa entre la conducta del médico y el daño sufrido por el paciente; pero sí consta que la acción y omisión del médico disminuyó las posibilidades de sobrevivir o de curar por parte del paciente (Beltrán, 2004). Cierra el párrafo. Además, Gallardo (2015) manifiesta que:

En los casos de pérdida de oportunidad hablamos de probabilidades, en los cuales no se tiene un conocimiento exacto que de haber mediado una adecuado funcionamiento del servicio sanitario, hubiera sanado o no el paciente. En la pérdida de oportunidad debe existir la falta de certeza de lo que hubiera sucedido, es así que no debe estar clara la existencia de un nexo causal entre la acción u omisión imputada y el daño final. (p.37).

De lo cual, desprendemos que la característica de la pérdida de oportunidad radica en la incertidumbre de que si hubiera obrado de manera distinta el médico, el resultado sería otro.

Lo que nos lleva a considerar que existe una ruptura parcial del nexo causal en estos casos al no poder determinarse con exactitud la acción directa del agente que incida en el daño a la víctima. Que, en el derecho se observa vacíos legales, pero para estudiarlo, debemos analizar el soporte legal adecuado que corresponde a cada situación y aplicar la norma en función a la doctrina, jurisprudencia o legislación. En nuestro Código Civil Peruano están tipificado los daños patrimoniales (emergente y lucro cesante) y extra patrimoniales (moral y vida); sin embargo, no encontramos a la pérdida de la chance en nuestra normativa jurídica; a pesar de ellos, algunos autores consideran que la pérdida de la chance se asemeja al lucro cesante, calificándolo como un lucro cesante a futuro ; por otro lado, otros autores opinan que la gran diferencia consiste en certidumbre, en el lucro cesante el daño es cierto; en cambio en la pérdida de la chance, el daño es incierto hasta comprobar la probabilidad. En ese contexto, Gallardo (2015) sostiene que la pérdida de la chance difiere del daño lucro cesante, en el sentido que en la primera el daño es irreversible, ya no existe posibilidad de curación o de mejoría en la salud del paciente; por el contrario, el lucro cesante consiste en la disminución del patrimonio, la ganancia dejada de percibir.

En cuanto a los daños que acarrearán la falta de diligencia del médico, en los casos de error o retraso en el diagnóstico en el paciente, el doctor Jairo Cieza, especialista en responsabilidad civil, nos dice que la falta de diligencia de un médico puede llegar a ocasionar daños patrimoniales, que afecta directamente el patrimonio del sujeto, es decir, derechos de naturaleza económica como el de propiedad y otros conexos, como daños no patrimoniales, que es la lesión a la integridad psicosomática del sujeto de derecho, así como el daño que atenta contra los derechos fundamentales reconocidos en la norma constitucional; esto consiste en la disminución patrimonial inmediata, es decir, daño emergente, o la pérdida de utilidades que es denominado lucro cesante y no patrimonial correspondiente al daño moral (angustia y dolor) o daño a la persona. En esa misma línea, el doctor Julio Escobar Andia, catedrático especialista en responsabilidad civil, nos dice que la falta de diligencia de un galeno en casos de error de diagnóstico o asistencia tardía acarrearán daños biológicos, daños a la salud, así como daño moral objetivo y daño moral subjetivo, los cuales deben ser cuantificados económicamente a efectos de demandar la reparación civil. En ese mismo sentido, existe una obligación de indemnizar porque hay una víctima que ha sufrido un daño, esto puede ser una lesión material o moral, quien alega su existencia debe probar el daño (Fayos, 2016). Es importante tener en cuenta que los daños indemnizables incluyen dos elementos que son el daño emergente, que es la pérdida realmente sufrida, incluyendo los daños morales, y el lucro cesante, que es el beneficio o ganancia dejado de obtener a consecuencia del accidente. Para el autor hay básicamente dos tipos de daños: los daños materiales o patrimoniales, que afectan el patrimonio de la persona; y los daños morales que son daños que afectan de manera extra patrimonial, ya sea por sus creencias, dignidad, honor, estima social o salud psíquica.

Así mismo, cuando un profesional de la salud realiza sus actividades medicas con falta de diligencia puede incurrir en un error de diagnóstico o en una asistencia tardía, esto acarrea daños que pueden ser patrimoniales y extra patrimoniales, los mismos que desembocan en un menoscabo patrimonial inmediatamente después de haber recibido el daño en cuanto al daño emergente y el lucro cesante, así también, los no patrimoniales correspondientes al daño moral que lleva consigo la falta de diligencia de un galeno. Si bien es cierto al determinar la indemnización por daños y perjuicios en aplicación de la pérdida de oportunidad puede parecer que entramos a un marco de incertidumbre, ya que estamos frente a una indemnización basada en probabilidades, sin embargo, dentro de estas expectativas se debe ser lo más exactos y convertir esa incertidumbre en algo concreto logrando que esa pérdida de oportunidad o chance se logre calcular mediante la exposición adecuada de medios probatorios que sustenten nuestra hipótesis.

En esa línea el doctor Julio Escobar Andia, catedrático especialista en responsabilidad civil nos dice que una vez que se demuestre la existencia de certeza del daño va a desaparecer esa incertidumbre, demostrando la probabilidad. También nos indica que la probabilidad nace de la incertidumbre, si desvirtuamos ello el paciente al enterarse de un diagnóstico correcto va a ayudarlo a tener otras alternativas y tomar buenas decisiones. Nos encontramos ante un concepto indemnizatorio en el cual se advierte que coexisten un elemento de certeza y un elemento de incertidumbre. Certeza, en el sentido de que, de no mediar el evento dañoso, el damnificado habría conservado la oportunidad de obtener una ganancia o de evitar una pérdida patrimonial (Rebaza, 2004). Pero, además, se presenta la incertidumbre de si, manteniéndose la situación de hecho o de derecho que era el presupuesto de la chance, la ganancia se habría en realidad obtenido, o la pérdida se habría evitado.

Texto introductorio La teoría de la pérdida de oportunidad se aplica en supuestos de incertidumbre causal estricta, irreversible e intrínseca. Acontece de este modo en supuestos de falta de prueba cierta del nexo causal, cuando el perjudicado sólo consigue demostrar que las posibilidades de consecución de una ventaja habrían sido reales de no haber intervenido el hecho ilícito (Moure, 2018). Lograr determinar la indemnización de daños y perjuicios es una de los principales problemas que se presentan al abordar el tema de pérdida de oportunidad o chance, para el doctor en derecho y especialista en responsabilidad civil Jairo Cieza la dificultad recae en los operadores jurídicos, es decir, los abogados litigantes y jueces, en el sentido que falta la internacionalización de una serie de conocimientos en la materia de pérdida de la chance, el cual no es un tema abundantemente desarrollada en nuestra jurisprudencia nacional, tampoco ha sido catalogado como un daño independiente a nivel legislativo, lo que genera una reticencia en los jueces y operadores jurídicos de aplicar de una manera correcta. Asimismo, constituye una dificultad el poco desarrollo jurisprudencial y casuística de esa institución jurídica.

Al respecto de la determinación de la indemnización por daños y perjuicios el doctor en derecho y especialista en responsabilidad civil Julio Escobar Andia nos dice al respecto que considera que las principales dificultades son: primero, la certeza y dos, la cuantificación del daño moral. Existen jurisprudencias en las cuales señalan que cuando el daño moral es consecuencia de la muerte de un familiar se presume la existencia de un daño moral fuerte. La responsabilidad civil médica podría encajar en la responsabilidad civil objetiva y quien tiene la obligación de probar lo contrario es el que causó el daño. El fin de la teoría de la pérdida de oportunidad es superar el nexo causal entre acción y resultado dañoso, evitando la solución del modelo causal del todo o nada (Moure, 2018). Frente a dicho planteamiento esta teoría distribuye el peso de esa incertidumbre entre las dos partes implicadas: el agente responde sólo en proporción a la medida en que fuera autor del menoscabo. De este modo se brinda una solución equilibrada impidiendo exonerar al agente dañoso por las dificultades probatorias, pero tampoco que se le obligue a reparar al completo un daño que pudo no haber causado.

Es importante tener en cuenta que en los casos de pérdida de oportunidad se debate la probabilidad dentro de la incertidumbre de alcanzar un beneficio o de no recibir una afectación, en ese sentido una de las principales dificultades para determinar la indemnización es el poco desarrollo que ha tenido el tema de la pérdida de oportunidad en el marco jurisprudencial siendo así que es necesario recurrir a jurisprudencia extranjera para traer a colación el tema, por otro lado otra dificultad es cuantificar de manera correcta el daño, creemos que en un caso de responsabilidad civil los operadores jurídicos se deben enfocar en desarrollar la oportunidad perdida para evidenciar el daño.

Al ser la pérdida de oportunidad un tema aún discutible existe diferentes posturas frente a ella, en ese sentido hay profesionales del derecho que no concibe a la pérdida de oportunidad como un tipo de daño e insisten en enmarcarlo dentro del daño emergente. Al respecto le preguntamos a los entrevistados su opinión acerca de este aspecto, el doctor Julio Escobar Andia nos dijo que considera que no es correcto afirmar que la pérdida de oportunidad o chance sea calificada como daño emergente ya que este está enfocado netamente al daño patrimonial. La pérdida de la oportunidad está más relacionada con el daño moral y a daño la salud. Dentro del daño moral objetivo, podría de una manera indirecta afectar en el quehacer diario del paciente y ello influir en el patrimonio.

En el ámbito de la medicina la responsabilidad civil es un tema con una dificultad probatoria ya que, por la naturaleza de la profesión, determinar en qué punto una acción del profesional de la salud o en su defecto la falta de diligencia del mismo determina la pérdida de una oportunidad o chance del paciente. Determinar el nexo de causalidad resulta un tema imposible cuando se trata de ciencias inexactas como las ciencias de la salud, es por esto, que nace esta figura de pérdida de oportunidad, ya que el nexo de causalidad que se busca en este tipo de daño es que el acto dañoso, es decir, la falta de diligencia, la falla de

diagnóstico o la asistencia tardía, desencadene en que las probabilidades de lograr un beneficio o evitar un menoscabo se vean mermadas, en nuestro criterio la pérdida de oportunidad es un tipo de daño y no un acápite del daño emergente. La certeza del daño en los casos de los hijos menores fallecidos y la hipotética ayuda económica que los padres hubieren recibido en caso de que estos hubieran alcanzado la edad de producir ingresos no está sometida a una prueba en las mismas condiciones y con los requisitos de la prueba del daño actual: “Pero tampoco podría la Corte, en la preocupación de no sacrificar derechos legítimos en casos como estos, llegar al extremo de admitir como demostración de daño cierto cualquier construcción basada en conjeturas o hipótesis más o menos razonables, desde un punto de vista general y humano, pero que en el asunto concreto no tienen relación de causalidad necesaria o vehemente para ir hasta la conclusión que se pretende”. (Velásquez, 2009, p.36). Respecto a la diferencia entre la pérdida de oportunidad o chance y el daño lucro cesante el doctor Julio Escobar Andia, especialista en responsabilidad civil, nos dice que en la pérdida de oportunidad, la persona afectada pierde la oportunidad de obtener algo como información o una ganancia o evitar un menoscabo, por el contrario el lucro cesante es la ganancia que se deja de percibir a consecuencia del daño, esta debe ser cierta y concreta, no se toma en cuenta la probabilidad del beneficio sino el beneficio en sí. En la pérdida de oportunidad se debe demostrar el grado de probabilidad, desvirtuando lo incierto.

En nuestro criterio todo se resume al enfoque que se le da a cada figura, es importante entender y tener claro que en la pérdida de oportunidad se reclama una probabilidad de poder obtener un beneficio o evitar un menoscabo, sin embargo, no se puede afirmar que dicha probabilidad se concrete, es decir, lo que se busca indemnizar es las probabilidades, en ese sentido en el lucro cesante como un tipo de daño se busca indemnizar la ganancia que se dejó de percibir como consecuencia del daño, no una probabilidad, sino por ejemplo, el sueldo dejado de percibir. Al respecto Gómez (2017) nos dice de este modo:

El Tribunal Supremo abre la puerta al uso indebido de la figura del daño moral por nuestros tribunales para soslayar la explicitación de los criterios de valoración económica del daño, según ha denunciado nuestra mejor doctrina. Un grupo de casos especialmente ilustrativo de la tendencia jurisprudencial a instrumentalizar los daños morales son los casos de responsabilidad civil por la pérdida de la oportunidad de litigar, ya sea demandar o bien recurrir una resolución desfavorable, a resultas de la negligencia de abogados, procuradores o sus intermediarios. Sin embargo, en la actualidad y desde hace poco menos de una década, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha corregido esta línea jurisprudencial, al defender que si la acción frustrada tenía como objeto la obtención de una ventaja de contenido económico la pérdida de oportunidad procesal no genera un daño de carácter moral, sino un daño patrimonial y, en consecuencia, debe cuantificarse como tal. (p.38)

En base a la jurisprudencia internacional revisada, se muestra que en Europa, la teoría de la pérdida de la oportunidad está más desarrollada que en América Latina, pero se observa una similitud entre la doctrina y jurisprudencia en cuanto al reconocimiento de la indemnización parcial de pérdida de la chance, para lo cual se toma en cuenta los factores que determinan la pérdida de posibilidades de obtener un resultado distinto.

Aunque, resulte complicado la cuantificación de una probabilidad y la frustración de una oportunidad, los órganos jurisdiccionales adoptaron un criterio singular, determinando el daño total del riesgo materializado y el porcentaje de probabilidades de que se materialice el riesgo no informado. Los Tribunales españoles se han pronunciado de la siguiente manera:

Por la pérdida de oportunidades o de expectativas, en las que no se identifica necesariamente con la gravedad y trascendencia del daño, sino con una fracción del daño corporal considerado en su integridad en razón a una evidente incertidumbre causal sobre el resultado final, previa ponderación de aquellas circunstancias que se estimen relevantes desde el punto de vista de la responsabilidad médica (gravedad de la intervención, virtualidad real de la alternativa terapéutica no informada, posibilidades de fracaso).(Tribunal Supremo, STS 1427/2016)

El cálculo de indemnización de la probabilidad es complicado y, más aun, en el ámbito médico-sanitario, lo que supone averiguar que hubiera sucedido si el médico no hubiera actuado con negligencia. El autor Bustamante (1990) afirma que:

Luego de la determinación de la existencia y entidad del daño, éste deberá valuarse en términos de dinero para fijar la correspondiente indemnización. Si el daño es mensurable será relativamente fácil para el juez establecer por equivalencia su cuantía o valuación dineraria; cuando el daño no es mensurable por su propia índole, se debe recurrir a pautas relativas, según un criterio de razonabilidad que intente acercar la valuación equitativamente a la realidad del perjuicio (p.26).

Tal es lo que ocurre con la valuación del perjuicio en caso de la pérdida de una chance, y con la fijación de la indemnización por daño moral. Por consiguiente, para cuantificar debe valorarse razonablemente según las circunstancias previas del evento del daño. Frente a esta problemática, Barria (2019) sostiene que:

En los casos de pérdida de oportunidad, el juez debe realizar un procedimiento de cálculo de la indemnización, que estará determinado por la naturaleza jurídica que le atribuya a aquella; cabe destacar que el valor que se le atribuya a la pérdida de oportunidad no puede ser mayor que el daño sufrido, de manera que, entendiéndolo como un problema de causalidad, se resuelva que proporción del daño final constituye la chance perdida. (p. 17)

Es nuestra postura unánime con respecto a la valoración de la pérdida de oportunidad o chance en el ámbito sanitario, considerando que debe existir una base de cálculo de probabilidades que adopten los jueces al momento de resolver una controversia de indemnización de daños y perjuicios, analizando las circunstancias previas al evento del daño y la oportunidad frustrada del perjudicado.

4.2 Conclusiones

Es indiscutible que la teoría de la pérdida de oportunidad en el ámbito médico-sanitario es el menoscabo sufrido por las oportunidades frustradas de curación o de evitar una pérdida. En nuestra legislación nacional, la pérdida de oportunidad no tiene un soporte legal en nuestro código civil; sin embargo, consideramos que implícitamente se encontraría admitido en el artículo 1985 del Código Civil, ya que en las dos primeras líneas del citado artículo lo interpretamos como una definición general al comprender la indemnización como consecuencia de un acto u omisión generadora del daño.

La pérdida de oportunidad se ha analizado con una doctrina amplia con diferentes posturas de autores nacionales e internacionales; asimismo, observamos abundante jurisprudencia internacional que nos permite esclarecer la razonabilidad del juez en el sentido de la valoración del daño y la cuantificación de la misma. Por otra parte, se considera que la pérdida de oportunidad es similar al lucro cesante; sin embargo, un elemento que los diferencia es la certeza, el lucro cesante está más relacionado con la pérdida de patrimonio y no cabe duda de la comisión del daño, pero la pérdida de oportunidad, se materializa por la incertidumbre de múltiples posibilidades que derivan de una acción previa a un daño provocado.

Es importante considerar a la pérdida de oportunidad como una nueva figura jurídica de daño, que permita a los agraviados por negligencia médica tener una opción adicional para demandar indemnización por daños y perjuicios en el ámbito sanitario.

Que si bien es difuso la relación de causalidad existente entre el acto antijurídico y el daño causado, nada descarta que se lleve a cabo una indemnización parcial al agraviado por los daños y perjuicios proporcional al grado mayor o menor de conseguir el beneficio esperado, ya que en si se tiene certeza en la frustración de posibilidades de conseguir un beneficio o evitar un menoscabo.

REFERENCIAS

- Arbesú González, V. (2016). La responsabilidad civil en el ámbito de la cirugía estética. Madrid, UNKNOWN: Dykinson. Recuperado de <http://ebookcentral.proquest.com/lib/upnortesp/detail.action?docID=4823858>
- Asensi, E. Cid-Luna, I. (2013) La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica. Revista CESCO de Derecho de Consumo. Recuperado de: [file:///C:/Users/lozan/Dropbox/Mi%20PC%20\(LAPTOP-PLBSPC21\)/Downloads/Dialnet-LaEvolucionDeLaDoctrinaDeLaPérdidaDeOportunidadEnR-4524526.pdf](file:///C:/Users/lozan/Dropbox/Mi%20PC%20(LAPTOP-PLBSPC21)/Downloads/Dialnet-LaEvolucionDeLaDoctrinaDeLaPérdidaDeOportunidadEnR-4524526.pdf)
- Asociación Civil ius et veritas (2009). *Responsabilidad civil contemporánea*. Lima, Perú: Ara Editores.
- Barria, R. (2019). La pérdida de una oportunidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre juicios indemnizatorios derivados del terremoto y tsunami de 27 de febrero de 2010. *Revista de derecho (Concepción)*, 87(245), pp. 235-269. Recuperado de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-591X2019000100235>
- Batalla, R. (2010). *La teoría de la pérdida del Chance o de oportunidad y su aplicabilidad en Costa Rica*. (Tesis de Licenciatura). Universidad de Costa Rica, Costa Rica.
- Bello Janeiro, D., Cadenas Sobreira, M. Á., & Cobacho Gómez, J. A. (2013). Régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria. Madrid, SPAIN: Editorial Reus. Recuperado de <http://ebookcentral.proquest.com/lib/upnortesp/detail.action?docID=3428788>
- Bello Janeiro, D. (2009). Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria. Madrid, SPAIN: Editorial Reus. Recuperado de <http://ebookcentral.proquest.com/lib/upnortesp/detail.action?docID=3228948>
- Cadenas, S. M. Á., y Cobacho, G. J. A. (2013). Régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria. Recuperado de <https://ebookcentral.proquest.com>.
- Carhuatocto, H. (2010). La responsabilidad civil de los hospitales por negligencias médicas y eventos adversos. Lima, Perú: Jurista editores.
- Ceballos, L. (2016). La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil médica, ¿Un daño indemnizable en Colombia? (Tesis de Licenciatura). Universidad EAFIT, Medellín, Colombia.
- Colegio Médico del Perú (2011). Acto Médico. Cuaderno de debates en Salud.
- De Trazegnies F. (2004) Indemnizando sueños: entre el azar y la probabilidad. Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Vol. II. 2004. Pág. 880. Recuperado de: PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ (pucp.edu.pe).

- Díaz A. (2015) Error de diagnóstico y responsabilidad civil médica en el hospital regional docente clínico quirúrgico Daniel Alcides Carrión Huancayo (Tesis de título) Universidad de Huánuco, Huánuco, Perú. Recuperado de: <http://repositorio.udh.edu.pe/bitstream/handle/123456789/152/AN%c3%8dBAL%20VALENT%c3%8dN%20D%c3%8dAZ%20LAZO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Díaz, D. (2018). La teoría de la pérdida de oportunidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano sobre responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado. (Trabajo de Grado). Universidad Católica de Colombia. Bogotá, Colombia. Recuperado de: <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/22852/1/P%C3%89RDIDA%20DE%20OPORTUNIDAD%20Subrayado%20%282%29-convertido.pdf>
- Espinoza J. Derecho de la Responsabilidad Civil. Lima: Gaceta Juridica S.A., 2006. p 277
- Estrella Y. (2009) El Nexo causal en los procesos por responsabilidad civil extracontractual. (tesis para el grado de Magíster) UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS. LIMA, PERU. 2009.
- Fayos, A. (2016). Derecho de daños: las víctimas y la compensación. España: Editorial Dykinson. Recuperado de <https://ebookcentral.proquest.com/lib/upnortesp/detail.action?docID=4823824>
- Fierro, D. (03 de junio de 2016) Algunas reflexiones sobre la doctrina de la pérdida de la oportunidad {Blog “El jurista”}. Recuperado de: <https://www.eljurista.eu/2016/06/03/algunas-reflexiones-sobre-la-doctrina-de-la-perdida-de-la-oportunidad/>
- Fernández, G.(2019).Introducción a la responsabilidad civil: lecciones universitarias , 1era ed. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2019
- Gallardo, M. (2015). Causalidad Probilistica, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: La doctrina de la pérdida de oportunidad. *Aragonesa de Administración Publica*. (45-46), 35-66.
Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5444228>.
- Garcia, J. (2015). La responsabilidad civil médica en el Perú. Aspectos básicos. *Derecho y Cambio Social*, 12(42), 1-59.
- Gómez, M. (2003). Responsabilidad penal del médico. Valencia: Tirant lo Blanch (p.35-42).
- Gómez, F. & Marín, I. (2017). El daño moral y su cuantificación (2a. ed.). Madrid: Wolters Kluwer España. Recuperado de <https://ebookcentral.proquest.com/lib/upnortesp/detail.action?docID=5350360>

- Gonzales, C. (2019). Análisis jurisprudencial: la teoría de la pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad civil sanitaria. (tesis de fin de grado). Comillas Universidad Pontificia. Madrid, España. Recuperado de: <https://repositorio.comillas.edu/jspui/bitstream/11531/29454/1/TFG%20Gonzalez-Alloza%20Barraca%2C%20Carolina.pdf>
- Guzmán, F. y Arias, C. (2011). El concepto de riesgo en Medicina. *En Revista Med*, 19(2), 241-247. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S012152562011000200011
- Herrera, D. (2016). El daño y el nexa causal en la pérdida de oportunidad (Tesis de maestría). Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá D.C., Colombia.
- Huaitalla, J. (1998). Aspectos médico legales de la práctica médica. *Actas peru. anestesiología*, 52-58.
- Latorre, L. (2018) La aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad y el daño moral como concepto indemnizable. Centro de Estudios en Bioderecho, Ética y Salud Universidad de Murcia. Recuperado de: [file:///C:/Users/lozan/Dropbox/Mi%20PC%20\(LAPTOP-PLBSPC21\)/Downloads/368571-Texto%20del%20art%C3%ADculo-1304311-1-10-20190715.pdf](file:///C:/Users/lozan/Dropbox/Mi%20PC%20(LAPTOP-PLBSPC21)/Downloads/368571-Texto%20del%20art%C3%ADculo-1304311-1-10-20190715.pdf)
- López, M. (2003). La cuantificación de los daños por mala praxis médica y algunos problemas que ella acarrea. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Argentina. Recuperado de: <http://www.acader.unc.edu.ar/>.
- Lledó Yagüe, F., Morillas Cueva, L., & Monje Balmaseda, Ó. (2012). Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional: el contenido reparador del consentimiento informado. Madrid, SPAIN: Dykinson. Recuperado de <http://ebookcentral.proquest.com/lib/upnortesp/detail.action?docID=3217222>.
- Minué-Lorenzo, S. (2017). El error diagnóstico en atención primaria. *Atención Primaria*, 49(1), 4.
- Moisset, L., Tinti, G. & Calderón, M. (2015). Daño emergente y Lucro cesante. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Recuperado de <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/dano-emergente-y-lucro-cesante>
- Morillas Cuevas, L., & Suárez López, J. M. (2014). Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios. Madrid, SPAIN: Dykinson.
Recuperado de <http://ebookcentral.proquest.com/lib/upnortesp/detail.action?docID=3221092>

- Mosquera S. (2012). La legislación peruana frente a la responsabilidad civil médica por mala praxis en el distrito judicial de Ancash, periodo 2006 - 2008. (Tesis de maestría). Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo. Huaraz, Perú. Recuperado de: <http://repositorio.unasam.edu.pe/bitstream/handle/UNASAM/952/D.C.%20T-0297.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Moure, G. E. (2018). Hacia un baremo del daño sanitario y como valorarlo mientras tanto. España: Editorial Wolters Kluwer. Recuperado de <https://ebookcentral.proquest.com/lib/upnortesp/detail.action?docID=5636955>.
- Ojeda, L. (2011). *La culpa in contrahendo y la responsabilidad precontractual en el Código Civil* (tesis de maestría). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.
- Ordoñez, V. (2018). La pérdida de oportunidad en la responsabilidad médica en Ecuador (Proyecto de tesis de Abogado). Universidad Regional Autónoma de los Andes, Puyo, Ecuador.
- Osterling, F. y Rebaza, A. (2002). Indemnizando la probabilidad: Acerca de la llamada pérdida de la chance o pérdida de la oportunidad. *Revista Jurídica del Perú*, 52(39), 51-66.
- Osterling F. (2010). Indemnización por Daño Moral. Recuperado de: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizaci%C3%B3n%20por%20Da%C3%B1o%20Moral.pdf>
- Osterling, F. & Rebaza, A. (2006). La equidad y su función cuantificadora de los daños de imposible probanza. A propósito del artículo 1332° del Código Civil. Lima. Recuperado de <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/La%20equidad%20y%20su%20funcion%20cuantificadora.pdf>
- Plasencia, D. (2015). Aplicación del criterio de daño desproporcionado en la responsabilidad civil médica derivada de la cirugía estética (tesis de pregrado). Universidad Privada del Norte, Trujillo, Perú.
- Pizarro, C. (2018). Actualidad del deber de informar en Chile. En *Revista médica de Chile*, 146(8), pp. 909-912. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S003498872018000800909&script=sci_arttext&tlng=e.
- Poma, F. (2012). La reparación civil por daño moral en los delitos de peligro concreto. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 95-117.
- Prevot, J. (2010). El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil. En *Revista Chilena de Derecho Privado*, (15), 143-178. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-80722010000200005&script=sci_arttext&tlng=pt

- Rangel, D. (2015). El daño a la persona en materia de responsabilidad civil extracontractual. Especial referencia a los daños derivados de la responsabilidad civil familiar (Tesis de licenciatura en Derecho). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.
- Rebaza, A. (2004). ¿Cómo hacer para que el Poder Judicial indemnice los sueños. En boletín legal diario. Recuperado de <http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/nov04/boletin03-11.htm>
- Rivadeneira, K. (2018). La pérdida de oportunidad o chance como nexo causal del daño en la jurisprudencia. (Tesis de licenciatura). Universidad Particular de Chiclayo. Chiclayo, Perú.
- Rodríguez Jorge, R., & Borges López, J. A. (2008). Algunas reflexiones sobre la responsabilidad médica desde el punto de vista médico legal. Madrid, SPAIN: Revista Electrónica de PortalesMédicos.com. Recuperado de: <https://ebookcentral.proquest.com/lib/upnortesp/detail.action?docID=3176394>
- Sardinero-García, C. et al. (2016). La responsabilidad por pérdida de oportunidad asistencial en patología oncológica maligna en la medicina pública española. En *Revista de Gaceta Sanitaria*, 30(6) pp. 421-425. Recuperado de http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112016000600421.
- Tapia, M. (2003). Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales. *Revista de Derecho*, volumen (XV), p. 75 – p. 111. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000200004
- Tapia, M. (2012). Pérdida de una chance. Su indemnización en la jurisprudencia chilena. *Revista de Derecho*. Escuela de Postgrado, (2), 251-264.
- Valdivia, C. (11 de julio de 2018) Evaluación del consentimiento informado del paciente dentro de la responsabilidad civil por mala praxis médica. LP Pasión por el derecho
- Varsi-Rospigliosi, E. (2001). *Derecho médico peruano*. Universidad de Lima.
- Velásquez Posada, O. (2009). Responsabilidad civil extracontractual. Bogotá, COLOMBIA: Universidad de La Sabana. Recuperado de <http://ebookcentral.proquest.com/lib/upnortesp/detail.action?docID=3199388>
- Vicandi Martínez, A. (2017). El error médico en la cirugía estética: la respuesta jurisprudencial del derecho a la casuística en la medicina voluntaria. Madrid, UNKNOWN: Dykinson.
- Vicandi, A. (2015). La pérdida de Oportunidad en la Responsabilidad Civil Sanitaria, ¿Se puede cuantificar lo incuantificable? *Revista Derecho y Salud*, 25(2). 9-66.
- Vizcarra, N. (2015) la teoría de pérdida de oportunidad en responsabilidad civil del médico (tesis de máster) Universidad de Castilla-La Mancha, Lima, Perú.

Wolcott, O. (2002) *La Responsabilidad Civil de los Profesionales*, Prólogo de Carlos Fernández Sessarego, ARA Editores, 2002.

Quecedo, R. y Castaño, C. (2012) *Introducción a la metodología de investigación cualitativa*. Recuperado de:
https://www.researchgate.net/publication/39219263_Introduccion_a_la_metodologia_de_investigacion_cualitativa

Morse, J. (2003), *Asuntos críticos en los métodos de investigación cualitativa*, Colombia, Editorial Universidad de Antioquia.

Ñaupas, H; Mejía, E.; Novoa, E.; Villagómez, A. (2014). *Metodología de la investigación Cuantitativa – cualitativa y redacción de la tesis*. 4a. Edición. Bogotá: Ediciones de la U

Martínez, P. (2006). El método de estudio de caso: estrategia metodológica de la investigación científica. *Pensamiento & Gestión*. 20, pp. 165-193. Recuperado de:
<https://www.redalyc.org/pdf/646/64602005.pdf>

Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, P. (2014). *Metodología de la investigación* (6ª ed.). México: McGraw Hill Education.

Monje, C. (2011). *Metodología de la investigación cuantitativa y cualitativa Guía didáctica*. Recuperado de <https://es.slideshare.net/Sadymar11/monje-carlos-arturo-gua-didctica-metodologia-de-la-investigacion>

Izcara, S. (2014). *Manual de investigación cualitativa*. Editorial Fontamara. México

Análisis de la pérdida de oportunidad en la
responsabilidad civil médica desde la
perspectiva del derecho civil.

ANEXOS

ANEXO 1. Matriz de consistencia

TEMA DE INVESTIGACIÓN	PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN	OBJETIVOS	CATEGORÍAS	METODOLOGÍA
<p style="text-align: center;">ANÁLISIS DE LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO</p>	<p>PREGUNTA GENERAL:</p> <p>¿En qué consiste el análisis de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil medica desde la perspectiva del derecho civil?</p>	<p>OBJETIVO GENERAL:</p> <p>Analizar la teoría de la perdida de oportunidad en la responsabilidad civil medica desde la perspectiva del derecho civil.</p>	<p>CATEGORÍA A:</p> <p>TEORIA DE LA PERDIDA DE LA OPORTUNIDAD</p> <p>SUB-CATEGORÍAS:</p> <ul style="list-style-type: none"> - ERROR Y RETRASO DE DIAGNOSTICO. - FALTA DE INFORMACION Y CONSENTIMIENTO INFORMADO. <p>CATEGORÍA B:</p> <p>RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA</p> <p>SUB-CATEGORÍAS:</p> <ul style="list-style-type: none"> - ACTO MEDICO - ASISTENCIA SANTITARIA. 	<p>NIVEL:</p> <p>EXPLORATORIO DESCRIPTIVO</p> <p>ENFOQUE:</p> <p>CUALITATIVO</p> <p>DISEÑO:</p> <p>ESTUDIO DE CASO</p> <p>TÉCNICA DE RECOLECCIÓN DE DATOS:</p> <ul style="list-style-type: none"> - ANÁLISIS DE DOCUMENTOS - ENTREVISTA
	<p>PREGUNTAS ESPECÍFICAS:</p> <ul style="list-style-type: none"> - ¿Cómo se aplica la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil medica desde la perspectiva del derecho civil? - ¿Cuáles son los factores para determinar la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica desde la 	<p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Analizar la aplicación de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil medica desde la perspectiva del derecho civil. - Explicar cuáles son los factores para determinar la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica desde la perspectiva del derecho civil. 		

Análisis de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica desde la perspectiva del derecho civil.

	<p>perspectiva del derecho civil?</p> <ul style="list-style-type: none"> - ¿Cómo se determina la indemnización por la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil medica? 	<ul style="list-style-type: none"> - Determinar la indemnización por pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil médica desde la perspectiva del derecho civil. 	<ul style="list-style-type: none"> - REPARACION CIVIL. - NEXO CAUSAL. - INDEMNIZACION. - REPARACION CIVIL. - NEGLIGENCIA MÉDICA. - MALA PRAXIS. 	<p>INSTRUMENTOS:</p> <ul style="list-style-type: none"> - GUÍA DE ANÁLISIS DE DOCUMENTOS - CUESTIONARIO
--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

ANEXO 2. Guía de entrevista

GUIA DE ENTREVISTA PARA ESPECIALISTA CIVIL

Nombre completo:

Grado de instrucción:

Cargo actual:

1. ¿Cuál es su percepción acerca de la teoría de la pérdida de la oportunidad o chance?
2. ¿De qué manera se aplica la teoría de la pérdida de la oportunidad o chance en la responsabilidad civil médica en la legislación nacional?
3. ¿Considera usted que la teoría de la pérdida de oportunidad o chance se adecúa con los presupuestos de la responsabilidad civil médica? ¿En qué medida lo hace?
4. Algunos autores indican que la pérdida de una oportunidad o chance constituye una zona gris limítrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro, ¿Qué opinión le merece?
5. ¿Considera que la teoría de la pérdida de la oportunidad o chance puede servir como instrumento disuasivo contra el error o retraso en el diagnóstico o la asistencia tardía de los profesionales de la salud?
6. ¿Qué opina de que la indemnización por los daños y perjuicios en aplicación de la pérdida de la oportunidad se determine comprobando la existencia de incertidumbre?
7. ¿Qué daños acarrea la falta de diligencia del médico en el paciente en el ámbito civil?(daños a la personalidad y daño moral)
8. ¿Qué opina de que la pérdida de oportunidad o chance sea calificado como daño emergente?
9. ¿Qué diferencia existe entre la pérdida de oportunidad o chance con el daño lucro cesante?
10. ¿Cuáles considera las principales dificultades al determinar la indemnización por daños y perjuicios en la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad?

Análisis de la pérdida de oportunidad en la
responsabilidad civil médica desde la
perspectiva del derecho civil.

ANEXO 3. Ficha de análisis documental

ORGANO	
SEDE	
MATERIA	
PROCEDIMIENTO	
DEMANDANTE	
DEMANDADO	
HECHOS	
N° RESOLUCION	
FALLO 1° INSTANCIA	
FALLO 2° INSTANCIA	

ORGANO JURISDICCIONAL	CRITERIO JURISPRUDENCIAL

ANEXO 4. Validación de instrumentos

Validación específica de instrumento de investigación

Título de la investigación	Análisis de la teoría de la pérdida de oportunidad o chance en la responsabilidad civil médica desde la perspectiva del derecho civil en la legislación nacional y jurisprudencia comparada
Nombre de (de los) estudiante (s)	Pamela Amiluz Capcha Yupari, Roger Smith Cardozo Fernández
Instrumento evaluado	Guía de entrevista

Escriba un número de acuerdo a la siguiente escala: (1) totalmente de acuerdo con el ítem o pregunta; (2) de acuerdo con la mitad o más de la mitad del ítem o pregunta; (3) de acuerdo con menos de la mitad del ítem o pregunta; (4) en desacuerdo con el ítem o pregunta¹

Ítem / pregunta	Nº	Comentario (cuando lo considere necesario)
1. ¿Cuál es su percepción acerca de la teoría de la pérdida de la oportunidad o chance?	2	Puede considerarse "percepción" por "opinión"
2. ¿De qué manera se aplica la teoría de la pérdida de la oportunidad o chance en la responsabilidad civil médica en la legislación nacional?	2	Puede considerarse "De su manera" por "Como se aplica"
3. ¿Considera usted que la teoría de la pérdida de oportunidad o chance se adecua con los presupuestos de la responsabilidad civil médica? ¿En que medida lo hace?	2	Se puede precisar mejor los presupuestos de responsabilidad
4. Algunos autores indican que la pérdida de una oportunidad o chance constituye una zona gris limitrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro. ¿Qué opinión le merece?	4	Debería precisarse mejor
5. ¿Considera que la teoría de la pérdida de la oportunidad o chance puede servir como instrumento disuasivo contra el error o retraso en el diagnóstico o la asistencia tardía de los profesionales de la salud?	1	_____
6. ¿Qué daños acarrea la falta de diligencia del médico, en casos de error o retraso en el diagnóstico o la asistencia tardía, en el paciente en el ámbito civil?	1	_____

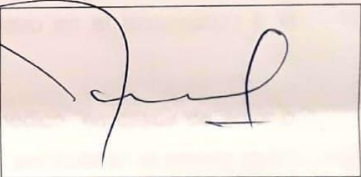
¹ Puede estar de acuerdo o no con un ítem o pregunta por la manera cómo ha sido redactada, porque aporte o no información relevante para la investigación, porque su redacción en esta ficha no coincida con la del instrumento u otro aspecto que considere pertinente.

Validación de instrumento de investigación – juicio de experto – Página 1 de 2

Análisis de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica desde la perspectiva del derecho civil.

7. ¿Qué opina de que la indemnización por los daños y perjuicios en aplicación de la pérdida de la oportunidad se determine comprobando la existencia de incertidumbre?	↓	—
8. ¿Cuáles considera las principales dificultades al determinar la indemnización por daños y perjuicios en la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad?	↓	—
9. ¿Considera que la pérdida de oportunidad o chance sea calificado como daño emergente?	↓	—
10. ¿Qué diferencia existe entre la pérdida de oportunidad o chance con el daño lucro cesante?	↓	—

Declaro que al firmar he leído totalmente y con detalle la matriz de consistencia y los instrumentos entregados por el (los) estudiante (s), además de llenar esta ficha con el cuidado respectivo, teniendo en cuenta que será usada como aval para realizar la investigación empírica de su tesis.

Fecha 05.07.2019 Firma 

Nombre completo Marcel Ilanre Tapilb
DNI 07883181

CS Scanned with CamScanner

Validación específica de instrumento de investigación

Titulo de la investigación	Análisis de la teoría de la pérdida de oportunidad o chance en la responsabilidad civil medica desde la perspectiva del derecho civil en la legislación nacional y jurisprudencia comparada
Nombre de (de los) estudiante (s)	Pamela Amiluz Capcha Yupari; Roger Smith Cardozo Fernández
Instrumento evaluado	Guía de entrevista

Escriba un número de acuerdo a la siguiente escala: (1) totalmente de acuerdo con el ítem o pregunta; (2) de acuerdo con la mitad o más de la mitad del ítem o pregunta; (3) de acuerdo con menos de la mitad del ítem o pregunta; (4) en desacuerdo con el ítem o pregunta¹.

Ítem / pregunta	Nº	Comentario (cuando lo considere necesario)
1. ¿Cuál es su percepción acerca de la teoría de la pérdida de la oportunidad o chance?	1	
2. ¿De qué manera se aplica la teoría de la pérdida de la oportunidad o chance en la responsabilidad civil médica en la legislación nacional?	1	
3. ¿Considera usted que la teoría de la pérdida de oportunidad o chance se adecúa con los presupuestos de la responsabilidad civil médica? ¿En qué medida lo hace?	1	
4. Algunos autores indican que la pérdida de una oportunidad o chance constituye una zona gris limitrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro, ¿Qué opinión le merece?	1	
5. ¿Considera que la teoría de la pérdida de la oportunidad o chance puede servir como instrumento disuasivo contra el error o retraso en el diagnóstico o la asistencia tardía de los profesionales de la salud?	2	
6. ¿Qué daños acarrea la falta de diligencia del médico, en casos de error o retraso en el diagnóstico o la asistencia tardía, en el paciente en el ámbito civil?	1	

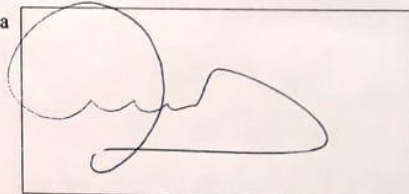
¹ Puede estar de acuerdo o no con un ítem o pregunta por la manera cómo ha sido redactada, porque aporte o no información relevante para la investigación, porque su redacción en esta ficha no coincida con la del instrumento u otro aspecto que considere pertinente.

Análisis de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica desde la perspectiva del derecho civil.

7. ¿Qué opina de que la indemnización por los daños y perjuicios en aplicación de la pérdida de la oportunidad se determine comprobando la existencia de incertidumbre?	1	
8. ¿Cuáles considera las principales dificultades al determinar la indemnización por daños y perjuicios en la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad?	1	
9. ¿Considera que la pérdida de oportunidad o chance sea calificado como daño emergente?	3	
10. ¿Qué diferencia existe entre la pérdida de oportunidad o chance con el daño lucro cesante?	1	

Declaro que al firmar he leído totalmente y con detalle la matriz de consistencia y los instrumentos entregados por el (los) estudiante (s), además de llenar esta ficha con el cuidado respectivo, teniendo en cuenta que será usada como aval para realizar la investigación empírica de su tesis.

Fecha

Firma 

Nombre completo Julio Cesar Escobar Andia

DNI 43405230

Validación específica de instrumento de investigación

Título de la investigación	Análisis de la teoría de la pérdida de oportunidad o chance en la responsabilidad civil medica desde la perspectiva del derecho civil en la legislación nacional y jurisprudencia comparada
Nombre de (de los) estudiante (s)	Pamela Amiluz Capcha Yupari; Roger Smith Cardozo Fernández
Instrumento evaluado	Guía de entrevista

Escriba un número de acuerdo a la siguiente escala: (1) totalmente de acuerdo con el ítem o pregunta; (2) de acuerdo con la mitad o más de la mitad del ítem o pregunta; (3) de acuerdo con menos de la mitad del ítem o pregunta; (4) en desacuerdo con el ítem o pregunta¹.

Ítem / pregunta	Nº	Comentario (cuando lo considere necesario)
1. ¿Cuál es su percepción acerca de la teoría de la pérdida de la oportunidad o chance?	1	
2. ¿De qué manera se aplica la teoría de la pérdida de la oportunidad o chance en la responsabilidad civil médica en la legislación nacional?	2	DEBERN SER PRESUPUESTOS
3. ¿Considera usted que la teoría de la pérdida de oportunidad o chance se adecúa con los presupuestos de la responsabilidad civil médica? ¿En qué medida lo hace?	1	
4. Algunos autores indican que la pérdida de una oportunidad o chance constituye una zona gris limitrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro, ¿Qué opinión le merece?	1	
5. ¿Considera que la teoría de la pérdida de la oportunidad o chance puede servir como instrumento disuasivo contra el error o retraso en el diagnostico o la asistencia tardía de los profesionales de la salud?	1	
6. ¿Qué daños acarrea la falta de diligencia del médico, en casos de error o retraso en el diagnostico o la asistencia tardía, en el paciente en el ámbito civil?	1	

¹ Puede estar de acuerdo o no con un ítem o pregunta por la manera cómo ha sido redactada, porque aporte o no información relevante para la investigación, porque su redacción en esta ficha no coincida con la del instrumento u otro aspecto que considere pertinente.

Análisis de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica desde la perspectiva del derecho civil.

7. ¿Qué opina de que la indemnización por los daños y perjuicios en aplicación de la pérdida de la oportunidad se determine comprobando la existencia de incertidumbre?	2	O EXISTENCIA DE CERTIDUMBRE PRE FACTO. O INCERTIDUMBRE POST FACTO.
8. ¿Cuáles considera las principales dificultades al determinar la indemnización por daños y perjuicios en la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad?	1	
9. ¿Considera que la pérdida de oportunidad o chance sea calificado como daño emergente?	1	
10. ¿Qué diferencia existe entre la pérdida de oportunidad o chance con el daño lucro cesante?	1.	

Declaro que al firmar he leído totalmente y con detalle la matriz de consistencia y los instrumentos entregados por el (los) estudiante (s), además de llenar esta ficha con el cuidado respectivo, teniendo en cuenta que será usada como aval para realizar la investigación empírica de su tesis.

Fecha

Firma 


Nombre completo CASAMAYOR MENDOZ ANTOLI.
 DNI 09070654

Análisis de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica desde la perspectiva del derecho civil.

Validación general de instrumento(s) de investigación

Datos del evaluador

Nombre	CASAMAYOR MENDEZ ANTOli.		DNI	09070654
Cargo en UPN	Docente a tiempo parcial	Docente a tiempo completo	X	Coordinador de carrera
Carrera	DERECHO.			
E-mail	antoli.casamayor@upn.edu.pe	Celular	994620419.	

Datos de la investigación


Título de la investigación	Análisis de la teoría de la pérdida de oportunidad o chance en la responsabilidad civil medica desde la perspectiva del derecho civil en la legislación nacional y jurisprudencia comparada
Nombre de (de los) estudiante (s)	Pamela Amiluz Capcha Yupari; Roger Smith Cardozo Fernández
Carrera	Derecho y Ciencias Políticas
Tipo de investigación	Cualitativa
Instrumento (s) evaluado (s)	Guía de entrevista

Escriba un número de acuerdo a la siguiente escala: (1) cumple totalmente con el criterio; (2) cumple con la mitad o más de la mitad del criterio; (3) cumple con menos de la mitad del criterio; (4) no cumple con el criterio.

Criterio	N°	Comentario (si lo considera necesario)
La entrega fue completa, correcta y ordenada ¹ .	1	
El tema es pertinente y actual para la carrera.	1	
La población y la muestra permiten alcanzar los objetivos.	2	poca Jurisprudencia.
Los instrumentos son suficientes para alcanzar los objetivos.	1	

Declaro que al firmar he leído totalmente y con detalle la matriz de consistencia y los instrumentos entregados por el (los) estudiante (s), además de llenar esta ficha con el cuidado respectivo, teniendo en cuenta que será usada como aval para realizar la investigación empírica de su tesis.

Fecha 12/10/2019.

Firma 

¹ Tenga en cuenta que el estudiante debe entregarle: (i) una matriz de consistencia y (ii) el o los instrumentos a evaluar. Al llenar este indicador, considere si los documentos pueden ser leídos o llenados fácilmente, si no tienen diferencias innecesarias de tipo o tamaño de letra, si no tienen espacios innecesarios en celdas, etc.

ANEXO 4. Fotografía

Fotografía junto al Dr. Jairo Cieza



ACTA DE AUTORIZACIÓN PARA SUSTENTACIÓN DE TESIS

El asesor Emilio Balarezo Reyes, docente de la Universidad Privada del Norte, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Carrera profesional de DERECHO, ha realizado el seguimiento del proceso de formulación y desarrollo de la tesis de los estudiantes:

- Capcha Yupari Pamela Amiluz
- Cardozo Fernandez Roger Smith

Por cuanto, **CONSIDERA** que la tesis titulada: *Haga clic o pulse aquí para escribir texto* para aspirar al título profesional de: *Abogado por la Universidad Privada del Norte*, reúne las condiciones adecuadas, por lo cual, **AUTORIZA** al o a los interesados para su presentación.

Ing. /Lic./Mg./Dr. Nombre y Apellidos

Asesor

ACTA DE APROBACIÓN DE LA TESIS

Los miembros del jurado evaluador asignados han procedido a realizar la evaluación de la tesis de los estudiantes: *Haga clic o pulse aquí para escribir texto*, para aspirar al título profesional con la tesis denominada: *Haga clic o pulse aquí para escribir texto*.

Luego de la revisión del trabajo, en forma y contenido, los miembros del jurado concuerdan:

Aprobación por unanimidad

Aprobación por mayoría

Calificativo:

Excelente [20 - 18]

Sobresaliente [17 - 15]

Bueno [14 - 13]

Calificativo:

Excelente [20 - 18]

Sobresaliente [17 - 15]

Bueno [14 - 13]

Desaprobado

Firman en señal de conformidad:

Ing./Lic./Dr./Mg. Nombre y Apellidos

Jurado

Presidente

Ing./Lic./Dr./Mg. Nombre y Apellidos

Jurado

Ing./Lic./Dr./Mg. Nombre y Apellidos

Jurado