

LA PERDIDA DE OPORTUNIDAD EN MATERIA MÉDICA

Diana Lucía Puentes Tobón^{1*}

Resumen

La teoría de la pérdida de oportunidad o pérdida de chance, en este caso de curación, se conoce como el menoscabo de probabilidad suficiente de obtener una ventaja esperada o evitar una pérdida en la recuperación de la salud, en donde se exige en un primer estadio establecer un vínculo de causalidad entre la culpa del personal médico, asistencial e incluso administrativo y el estado del paciente y en un segundo estadio, la existencia de una probabilidad cierta de mejoría o de evitar deterioros en la salud y no de meras expectativas y, corresponde al juez ordenar la reparación en forma proporcional al coeficiente de oportunidades que tenía el paciente.

La línea jurisprudencial del Consejo de Estado en sus inicios permitía indemnizar con probabilidades de sobrevivencia y cada vez ha hecho más rigurosa la prueba, al eliminar las meras expectativas y exigir la certeza de la afectación y del perjuicio final.

Palabras clave

Pérdida, oportunidad, probabilidad, nexo causal, afectación de la salud.

Abstract

The theory of opportunity lost or loss of chance, in this case of curation, it is known as the lost of enough opportunity of obtain an expected advantage or avoid a loss in the recovery of the health, which requires in first stage to establish a causal link

¹ *Juez 33 Administrativo de Bogotá –Sección Tercera, Magister en derecho administrativo.

between the fault of the medical staff, health care and even administrative staff, and a second stage, the existence of a likelihood of some improvement of prevent the deterioration in the health and not mere expectation, however it is a competition of the judge to order repair in proportion the coefficient of opportunities that the patient had.

The evolution of the jurisprudential line of the Consejo de Estado in its early days allowed to compensate with opportunities of survival and increasingly has become more rigorous the certainty of proof by eliminating the mere expectations and require the certainty of affectation of health and the final damage.

Key words

Loss, opportunity, probability, connection, health damage

1. Introducción:

La pérdida de oportunidad puede ser tratada en diferentes campos del derecho, sin embargo, en esta ocasión, nos referiremos solo a la materia médica, adentrándonos un poco en lo que han dicho algunos tratadistas y también revisaremos la jurisprudencia del H. Consejo de Estado.

El presente artículo pretende mostrar un panorama de esta teoría, que parte de la base de la protección del bien jurídico de la vida y por ello dada la dificultad probatoria que con mucha frecuencia subsiste, surgen algunas preguntas: ¿la reparación del daño solo debe circunscribirse a los casos de conducta reprochable u omisiva?, ¿se trata de un daño cierto o hipotético?, ¿puede el juez decidir motu proprio si se perdió o no la oportunidad del paciente? ¿cómo se indemniza la pérdida de chance?

El artículo se divide en dos partes, en la primera se hace una aproximación a la luz de algunos doctrinantes franceses e iberoamericanos. En la segunda se presentará la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado y finalmente, se realizarán unas conclusiones y recomendaciones.

No sobra destacar que recibimos con entusiasmo la iniciativa que en buena hora ha tenido el H. Consejero de Estado Danilo Rojas Betancourth para la implementación de una revista virtual en la jurisdicción contenciosa administrativa, por lo que humildemente se ha querido participar con este artículo, conscientes de la especialidad del tema y de la existencia de profesionales calificados y autorizados que pueden hacer aportes muy valiosos.

Se adentra entonces en el estudio de esta teoría:

2. En la doctrina:

Los médicos tienen unos deberes mínimos en su campo, tales como la diligencia y cuidado de la tarea encomendada, puesto que por regla general la obligación es de medio y excepcionalmente de resultado, formulación de esta clasificación que para el profesor argentino Trigo Represas, se debe al jurista francés René Demogue y que también ha sido aceptada por los hermanos Mazeud, asignándole otra denominación "*obligaciones generales de prudencia y diligencia*" y "*obligaciones determinadas*". (Demogue y Mazeud, citados en Trigo, 1995, p. 25 y 26).

En general para que haya lugar a declarar la responsabilidad, debemos estar *per se* frente a un daño cierto, es decir real y efectivo, entendido como "*una constatación de hecho actual que proyecta, también al futuro una consecuencia necesaria*" (Zannoni citado por Trigo, 1995, p. 240), sin embargo, también

podemos estar frente a una incertidumbre, y es allí donde es posible hablar de la pérdida de un chance.

En el diccionario de la Real *Academia* de la Lengua Española se entiende por Chance: “(Del fr. *chance*). *Oportunidad o posibilidad de conseguir algo*”.

Trigo (1995) sostiene que la pérdida de oportunidad es una situación en la que media un comportamiento antijurídico que interfiere en el curso normal de los acontecimientos de forma tal, que ya no se podrá saber, si el afectado por el mismo habría o no obtenido una ganancia o evitado una pérdida de no haber mediado aquél.

Como lo explica el doctrinante López Mesa (2007, p.164), el concepto jurídico de pérdida de chance u oportunidad es uno de los conceptos más abiertos e indeterminados que existen en el derecho y por ende deben encontrarse ciertos elementos de juicio que lo justifiquen, para ello cita a Vásquez Ferreyra y Tallone (2000, p.174), quienes afirman que “*en casos de pérdida de chance no se puede imputar casualmente al profesional el resultado final que padece el paciente pues en parte ello obedece a un proceso natural. No obstante ello, en muchas ocasiones, los tribunales en forma equivocada al analizar el capítulo de los daños indemnizables, pasan por alto el hecho de que se está solo frente a la pérdida de una chance y se manda a indemnizar el daño de forma integral*”

Se repone lo frustrado, lo perdido y para que dicho daño sea indemnizable el mismo autor (López et. al., 2007 p.165 y166), estima que deben reunirse los siguientes requisitos:

- 1) existencia de la relación causal adecuada entre la frustración de la chance del perjudicado y la actuación del dañador;

- 2) antijuridicidad de la actuación del dañador;
- 3) legitimidad del derecho o ventaja cuya concreción se interfiriera antijurídicamente;
- 4) el balance de probabilidades a favor y en contra del perjudicado debe arrojar un saldo favorable, que demuestre que estadísticamente según el curso normal y ordinario de las cosas era probable que obtuviera esa ganancia o ventaja, de no haber interferido el demandado en el curso de los sucesos; la pérdida de chance es resarcible cuando importa una “probabilidad suficiente” de obtener un beneficio económico que resulta frustrado por culpa ajena y,
- 5) posibilidad de cuantificación de la chance frustrada

Entonces no se trata de indemnizar cualquier posibilidad, sino la que tuviese una alta probabilidad en beneficio del perjudicado y se le hubiese negado.

Según el profesor Couturier (1991, p.158), (et. al., 2007 p.167 y 168) *“El concepto de pérdida de una oportunidad es utilizado por la jurisprudencia todas las veces en que no es posible establecer un nexo de causalidad entre una culpa y un perjuicio, sea porque este vínculo es demasiado dudoso, sea porque él fue formalmente excluido, en particular, en materia médica por una pericia. Una controversia ha nacido en doctrina para determinar la función de este concepto. ¿se trata de establecer artificialmente, o incluso de manera contradictoria, un vínculo de causalidad entre la culpa del médico y el estado real del paciente o bien de demarcar este perjuicio aparente y determinar entonces el daño específico que podría constituir para éste último la oportunidad perdida de curación o supervivencia?”*

Se debe tener en cuenta que dicha pérdida de oportunidad abarca no solo los casos de lesiones sino también los de pacientes que fallecen aparentemente por falta de tratamientos médicos adecuados que les hubiesen permitido pese a su situación médica particular, tener una oportunidad de curación o por lo menos una oportunidad de vivir y que la indemnización no siempre es plena, sino en el porcentaje que ocasionó dicha pérdida, cuando pueda tasarse.

En cuanto a los daños materiales que deben resarcirse, Zavala (2009, p.385 y 397 a 399) explica que en daños materiales por ventajas malogradas a raíz de lesiones a la integridad psicofísica, se registran dos tendencias:

La primera que maneja de modo indiferenciado el lucro cesante y la incapacidad y el daño patrimonial residiría en los beneficios económicos perdidos por el invalidado, lo que representaría lucro cesante y la segunda orientación discrimina el lucro cesante que versa sobre la frustración de réditos dinerarios del impedido y el perjuicio material anexo a la incapacidad sobreviniente revestiría superior extensión, considerando la autora que no existe una diversidad sustancial en las proyecciones materiales o económicas atinentes al lucro cesante e incapacidad y que tampoco se trata de dejar al arbitrio o a los afanes subjetivos del damnificado los chances productivos, puesto ello implicaría el riesgo de un enriquecimiento justificado y de una inequitativa extensión de la obligación del responsable, ni cabe reconocer situaciones en que el sujeto no contaba con un chance de obtención de ventajas patrimoniales.

Corresponde en cada caso, determinar qué clase de daños son los indemnizables y cuál es el porcentaje en que se debe reconocer la respectiva indemnización.

Una vez vista la aproximación desde el punto de vista doctrinal, se pasará a verificar cómo ha sido la aplicación de esta teoría en el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo de nuestro país.

3. Jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano:

A la luz del artículo 90 de nuestra Carta Política: “*El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. (...)*”, siendo la antijuridicidad del daño un elemento material necesario para que nazca la responsabilidad.

Y le corresponde al juez administrativo verificar la existencia de una causalidad adecuada, para cernir entre el conjunto de antecedentes del daño y retener aquellos que respecto del curso normal de las cosas deben provocarlo lógicamente, haciendo referencia a la normalidad y a la verosimilitud. (Paillet, 2003).

Al profundizar el estudio de la jurisprudencia contencioso administrativa colombiana, en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado en materia médica², el H. Consejo de Estado en materia de pérdida de oportunidad ha realizado los siguientes planteamientos:

3.1. En un reciente caso, al resolver en segunda instancia sobre la muerte de un paciente debido a una pancreatitis aguda, dentro de las instalaciones del ISS Seccional Pasto, la Sección Tercera hizo la siguiente distinción entre la falla del servicio médico y la pérdida de oportunidad de la víctima, para concluir que se trataba de un falla: (2011, 19192)

De conformidad con lo expuesto, la Sala estima que la prestación del servicio médico-asistencial suministrado por la entidad demandada al paciente fue indebido –e incluso denegado–, dado que se dispuso su salida del centro asistencial, no obstante que no había recuperado su salud y, lo

² En el derecho comparado se encuentra una rica y variada jurisprudencia que puede ser objeto de otro artículo académico.

que es peor, con desconocimiento de cuál era la patología que presentaba, todo lo cual comporta una evidente falla en el servicio, por virtud de la cual el I.S.S., sí está llamado a responder patrimonialmente.

Debe precisar igualmente la Sala que frente a este asunto podría predicarse la pérdida de oportunidad de la víctima en recuperar su salud –situación frente a la cual la Sección Tercera del Consejo de Estado ha declarado la responsabilidad patrimonial de la Nación por casos similares³–, ello ante la conducta irregular de la entidad que al disponer el retiro del paciente le impidió ser objeto de otros análisis y de estudios más especiales para determinar cuál era su enfermedad y, por ende, cuál debía ser el tratamiento a seguir frente a la misma para tratar de salvarle su vida o al menos concederle el chance de recuperar su salud; sin embargo, en este caso se encuentra acreditada una falla en el servicio atribuible al ente demandado.

Ahora bien, aunque podría sostenerse que causalmente la mencionada falla no se erige en la fuente determinante del daño, lo cierto es que la responsabilidad que le asiste al I.S.S., no emerge de la simple existencia de una relación puramente naturalística de causalidad entre la actuación médico-asistencial y la muerte del paciente, sino que surge del análisis jurídico de imputación que explica cómo la falla en el servicio cuya ocurrencia se ha puesto de presente, hace jurídicamente atribuible el resultado lesivo de los derechos e intereses de la parte actora, a la Administración accionada.

Se concluye entonces que ante la acreditación de una falla del servicio no es necesario determinar el umbral que permita categorizar la pérdida de oportunidad,

³ Sentencia de 11 de agosto de 2010, exp. 18.593.

puesto que a la entidad se le responsabiliza por no haber prestado el servicio a tiempo, sin que se discuta la privación de la oportunidad.

3.2. En otro caso, refiriéndose a una lesiones padecidas por un paciente en el Hospital de Occidente de Kennedy de Bogotá, que quedó con unas secuelas luego de una cirugía que le fue practicada, recalcó el H. Consejo de Estado que la pérdida de oportunidad no puede tratarse de una mera especulación, sino que debe estar esclarecido cuál era la posibilidad del paciente de recuperar su salud, así: (2010, 17725)

Se destaca que la determinación de la pérdida de la oportunidad no puede ser una mera especulación, es necesario que de manera científica quede establecido cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar su vida, y que esa expectativa haya sido frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica, en este aspecto hay que prestar la máxima atención y no resolver como pérdida de oportunidad eventos en los cuales lo que realmente se presentan son dificultades para establecer el nexo causal.

Pero, si bien se requiere que se encuentre demostrado que la prestación del servicio médico constituía una oportunidad real y no meramente hipotética para el paciente de recuperar su salud o prolongar su vida, también debe quedar claro que esta ventaja debe ser una posibilidad, cuya materialización dependa también de otros factores como las propias condiciones del paciente, porque en aquéllos eventos en los cuales no se trate de una oportunidad sino que se cuenta con la prueba cierta de la existencia del nexo causal entre la actuación deficiente u omisión de la prestación del servicio médico, no se estaría ante un caso de responsabilidad patrimonial del Estado por pérdida de oportunidad sino por la falla del servicio médico.

En esta segunda sentencia el H. Consejo de Estado plantea una teoría positiva, que exige eliminar las meras expectativas y probar que se trata de una ventaja real estropeada.

3.3. Al conocer de un recurso de apelación, en un caso donde falleció una paciente por una hemorragia que sufrió después de un parto, -cuyas pretensiones habían sido denegadas en primera instancia-, el H. Consejo de Estado lo analizó bajo la égida de la falla del servicio y accedió a las pretensiones de la demanda, basándose en las siguientes consideraciones: (2008, 17001)

Para la Sala resulta claro que ninguna de estas situaciones de atención esmerada se presentó en el caso de la señora Cuero Lafaux, o por lo menos no aparece que así hubiera sucedido conforme a la historia clínica, y aun cuando ello no resultó ser determinante en su deceso, implicó la creación de ambiente clínico riesgoso para su vida, pues en el momento en que se determinó que la paciente requería más que la aplicación de oxitócicos para procurar la contracción del útero y con ello la detención de la hemorragia, no existía en las reservas del Hospital la sangre requerida para transfundirla inmediatamente pues había perdido una gran cantidad del volumen de sangre, de esa forma se observa que fueron dos las fallas que crearon la situación catastrófica, la primera consistente en la falta de atención del personal auxiliar encargado y del médico que atendió el parto en cuanto a la observación necesaria sobre el estado de salud y evolución de la paciente y la segunda, la inexistencia de los elementos necesarios para iniciar el procedimiento (sangre O+) que conjuraría la fuerte hemorragia que causó la muerte a la señora Cuero Lafaux.

En esta decisión salvó voto el H. Magistrado Enrique Gil Botero, quien consideró que la sentencia apelada debía ser revocada parcialmente, pero por razones diferentes, puesto que la sala se enfrentaba con un problema de certeza en

relación con la determinación y amplitud exacta del nexo causal, analizando en concreto:

En efecto, a partir de la valoración de la prueba pericial que reposaba en el proceso, quedaba claro que la atención médica fue diligente y cuidadosa, motivo por el cual los argumentos esgrimidos por la parte demandante sobre el particular no tenían respaldo probatorio, máxime si quedó despejada la inquietud acerca de la posibilidad de que un médico general atendiera el parto, circunstancia ésta que es viable en Colombia, y sin que tal hecho por sí mismo revista la suficiente entidad para imputar el daño antijurídico padecido por los demandantes, consistente en la muerte de la señora Anatilde Cuero de Lafaux.

Más adelante explicó el señor Magistrado Gil Botero en su salvamento de voto:

Ahora, si bien es cierto que de conformidad con la literatura médica -de la cual se puede valer el operador judicial para valorar y apreciar las pruebas que obran en el expediente-, y del experticio adelantado por el funcionario del Instituto de Medicina Legal, puede darse una gran probabilidad de que una mujer múltipara presente un cuadro de hemorragia post parto, lo cierto es que, en el asunto concreto, existía una prueba que llevaba a analizar el nexo o curso causal específico, como quiera que la propia entidad demandada reconoció, en la historia clínica, que para el momento en que se produjo el sangrado, no contaba con bolsas de sangre lo que obligó a que los familiares tuvieran que salir en su búsqueda, con la mala fortuna de que para el momento en que ésta llegó ya se había producido el deceso de la paciente.

Así las cosas, los factores de probabilidad que rodean el supuesto fáctico sometido a consideración de la Sala, conllevaban al estudio de la

causalidad como aquel elemento sobre el cual se estructura la denominada imputación fáctica -o material del resultado-, toda vez que en el caso concreto entraban en juego dos aspectos que generan incertidumbre frente al curso causal a partir del cual se podría determinar el origen adecuado y eficiente del daño que se analiza.

En ese contexto, la Sala debió abordar el estudio de la causalidad y de la pérdida de la oportunidad, con el fin de determinar si es posible imputar el daño antijurídico a la entidad demandada y, sobre todo, en qué proporción en caso de que se haya establecido la limitación de una posibilidad de recuperación a la señora Anatilda Cuero. Lo anterior, toda vez que si bien existe cierto grado de incertidumbre en términos de causa - efecto frente al resultado dañoso, lo cierto es que la entidad demandada sí incurrió en una falla del servicio consistente en no contar, para el momento de ocurrencia de los hechos, con un banco de sangre que permitiera brindar a la paciente, al menos, una posibilidad de salvación.

En materia del llamado nexo causal, debe precisarse una vez más que este constituye un concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño, otra cosa diferente es que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, prima facie, un estudio en términos de atribuibilidad material (imputatio facti u objetiva), a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar -acción u omisión-, que podría interpretarse como causalidad material, pero que no lo es jurídicamente hablando porque pertenece al concepto o posibilidad de referir un acto a la conducta humana, que es lo que se conoce como imputación.

El salvamento de voto permite que se admita una indemnización por la omisión de la entidad, que en este caso coincide con la concreción de la pérdida de

oportunidad, porque esta omisión fue la que limitó las posibilidades de salvación de la paciente.

3.4. En el 2005, el H. Consejo de Estado había reconocido que la falla del servicio puede restar oportunidades de vida al paciente, es así como al abordar el estudio en segunda instancia de la muerte de un paciente en un centro hospitalario de Santa Marta, cuyo petitum de la demanda se fincó en la falta de un tratamiento médico quirúrgico ortopédico, precisó que para que haya lugar a la reparación es suficiente establecer que la falla del servicio le restó al paciente oportunidades de sobrevivir, así: *“Debe advertirse, además, que para que haya lugar a la reparación no es necesario acreditar que una adecuada prestación del servicio médico asistencial hubiera impedido el daño, puesta basta con establecer que la falla del servicio le restó al paciente oportunidades de sobrevivir o de curarse. Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado como la pérdida de oportunidad”*. (2005, 14786)

3.5. Un año antes, en el 2004, también había aceptado esta teoría al aprobar una conciliación con base en la existencia del grado suficiente de probabilidad, sin que se exigiera certeza científica de la falla del servicio y fue en el caso del fallecimiento de una paciente luego de un aborto, en una clínica perteneciente a la Policía Nacional, allí se dijo: (2004, 25416)

Ahora bien, las dificultades que afronta el demandante en los eventos de responsabilidad médica que han motivado, por razones de equidad, la elaboración de criterios jurisprudenciales y doctrinales tendentes a morigerar dicha carga, no sólo se manifiestan en relación con la falla del servicio, sino también respecto a la relación de causalidad. En cuanto a éste último elemento, se ha dicho que cuando resulte imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha

relación, “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia”⁴, es decir, que la relación de causalidad queda probada “cuando los elementos de juicio suministrados conducen a ‘un grado suficiente de probabilidad’

Y más adelante la precitada providencia sostuvo:

Debe advertirse que para que haya lugar a la reparación no es necesario acreditar que una adecuada prestación del servicio médico asistencial hubiera impedido el daño, pues basta con establecer que la falla del servicio le restó al paciente oportunidades de sobrevivir o de curarse. Se trata, en este caso, de lo que la doctrina ha considerado como la “pérdida de una oportunidad”. Al respecto dice Ricardo de Angel Yagüez:

“Es particularmente interesante el caso sobre el que tanto ha trabajado la doctrina francesa, esto es, el denominado la perte d’une chance, que se podría traducir como ‘pérdida de una oportunidad’.

“CHABAS ha hecho una reciente recapitulación del estado de la cuestión en este punto, poniendo, junto a ejemplos extraídos de la responsabilidad médica (donde esta figura encuentra su más frecuente manifestación), otros como los siguientes: un abogado, por negligencia no comparece en un recurso y pierde para su cliente las oportunidades que éste tenía de ganar el juicio; un automovilista, al causar lesiones por su culpa a una joven, le hace perder la ocasión que ésta tenía de participar en unas pruebas para la selección de azafatas.

“Este autor señala que en estos casos los rasgos comunes del problema son los siguientes: 1. Una culpa del agente. 2. Una ocasión perdida (ganar el juicio, obtención del puesto de azafata), que podía ser el perjuicio. 3. Una ausencia de prueba de la relación de causalidad entre la pérdida de la ocasión y la culpa, porque por definición la ocasión era aleatoria. La desaparición de esa oportunidad puede ser debida a causas naturales o favorecidas por terceros, si bien no se

⁴ Cfr. DE ANGEL YAGÜEZ.. *Ob cit.*, pág. 42.

sabría nunca si es la culpa del causante del daño la que ha hecho perderla: sin esa culpa, la ocasión podría haberse perdido también. Por tanto, la culpa del agente no es una condición sine qua non de la frustración del resultado esperado.

Y aunque se podría seguir ahondando en el análisis de otras sentencias sobre el tema, las expuestas permiten mostrar la evolución jurisprudencial, que va desde una posición más laxa en sus inicios hacia una más rigurosa en materia de prueba que elimina las meras expectativas.

A manera de conclusión:

- La teoría de la pérdida de oportunidad o pérdida de chance, en este caso de curación, se conoce como la pérdida de probabilidad suficiente de obtener una ventaja o evitar una pérdida de recuperación, para lo cual se exige un vínculo de causalidad entre la culpa del personal médico, asistencial e incluso administrativo y el estado del paciente y, la existencia de una probabilidad cierta de obtener ventajas o evitar deterioros en la salud.
- Debe distinguirse entre la falta de oportunidad dada a un paciente o la pérdida de chance de curarse o de sobrevivir en un caso concreto, con la falta de resultados positivos en un tratamiento médico y con la falta de prueba en el proceso sobre los protocolos médicos seguidos o sobre el diagnóstico y tratamiento que se llevó a efecto.
- El nexo de causalidad adecuado entre el acto médico y el perjuicio no siempre se logra establecer cuando de pérdida de oportunidad se trata, pero al menos debe determinarse la existencia de una probabilidad suficiente, que usualmente se relaciona con errores de diagnóstico, diagnóstico tardío y con la actuación omisiva o reprochable.

- El primer tema que debe dilucidarse en los casos de responsabilidad médica es el de la falla del servicio, lo que consuetudinariamente se viene haciendo al verificar el agotamiento de los protocolos médicos de acuerdo con la *lex artis*.

- La concausa, esto es, la existencia de causas, puede jugar un papel importante para la producción del resultado dañoso, tales como las condiciones del paciente y una mala praxis médica.

- La indemnización de la pérdida de chance comprende en los casos en que sea posible determinarlo, el porcentaje en que se disminuyó esa oportunidad.

- El sistema de salud colombiano caracterizado por la falta de recursos para garantizar una atención médica adecuada y la atención colapsada en los hospitales públicos, exige al juez administrativo en aras de garantizar una justicia material, la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad yendo más allá del hecho lesivo causado por la falla del servicio, para analizar también las ventajas o beneficios que el paciente hubiera podido obtener si el tratamiento hubiese sido oportuno y adecuado.

- La invitación a quienes fungimos como jueces administrativos es a que se tase la afectación de la salud o la pérdida de oportunidad a partir de parámetros ciertos y a que se desestimen las meras expectativas, teniendo en cuenta que la indemnización en muchos casos no podrá ser plena.

- Con el fin de avanzar hacia la constitucionalización del derecho administrativo se recomienda hacer una aplicación más generalizada de la teoría de pérdida de oportunidad por parte de los operadores judiciales, lo que permitiría el reconocimiento del valor de una oportunidad o la disminución de un riesgo en la salud.

Referencias bibliográficas:

Doctrina

- *Couturier, Jean Pierre, Préjudice né de la perte d'une chance de guérison et l'indemnisation complémentaire du patient suite à l'aggravation de son état de santé, Recueil Dalloz, T. 1991, sec. Jurisprudence, p. 158, en Tratado de responsabilidad médica, (2007), responsabilidad civil, penal y hospitalaria, primera ed., argentina, C.C. López Mesa, Marcelo J.p.167 y 168.*

- *Demogue, Traité des obligations en général, t. V, ps. 538 a 544, no. 1237, en Trigo Represas, Felix A. et al. reparación de daños por mala praxis médica, sexta edición, argentina, ed., Hammurabi S.R.L. p.25.*

- *Mazeud- Tunc., Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, t. 1, vol. I. p. 126 y ss., nros. 103, 2 a 103 6, en Trigo Represas, Felix A. et al. reparación de daños por mala praxis médica, argentina, sexta edición, ed., Hammurabi S.R.L. p.26.*

- *Paillet, Michel, (2001), la responsabilidad administrativa, traducción y estudio introductorio Carrillo Ballesteros, Jesús María, Colombia, (1era reimpresión, colombia, universidad externado de Colombia, p.92.*

- *Real Academia Española, Diccionario de la lengua española,(vigésima segunda ed.), obtenida el 3 de septiembre de 2011.*

- *Tratado de responsabilidad médica, (2007), responsabilidad civil, penal y hospitalaria, primera ed., argentina, C.C. López Mesa, Marcelo J.*

- *Trigo Represas, Felix A. (1995).Reparación de daños por mala praxis médica, argentina, sexta ed, ed., Hammurabi S.R.L. p.241.*

- *Vásquez Ferreyra, Roberto- Tallone, Federico, Derecho médico y mala praxis, juris, rosario, 2000, p. 174 en tratado de responsabilidad médica, (2007), responsabilidad civil, penal y hospitalaria, primera ed., argentina, C.C. López Mesa, Marcelo J.p. 164.*

- *Zavala de González, Matilde. (2009). Tratado de daños a las personas, disminuciones psicofísicas, Buenos Aires, ed., Astrea (p.385 y 397 a 399)*

- *Zannoni, El daño en la Responsabilidad Civil, 2ª ed, p. 52& 17, en Trigo Represas, Felix A. et al. reparación de daños por mala praxis médica, sexta edición, argentina, ed., Hammurabi S.R.L. p.240.*

Sentencias judiciales

-..... *Consejo de Estado-Sección Tercera, sentencia (2011, abril). Expediente rad. 52001-23-31-000-1998-00157-01 (19192). C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.*

-..... *Consejo de Estado-Sección Tercera, sentencia (2010, abril). Expediente rad. 25000-23-26-000-1995-01040-01 (17725). C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.*

-..... *Consejo de Estado-Sección Tercera, sentencia (2008, octubre). Expediente rad. 76001-23-25-000-1995-02064-01 (17001). C.P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar.*

-..... *Consejo de Estado-Sección Tercera, sentencia (2005, abril). Expediente rad. 47001-23-31-000-1995-04164-01 (14786). C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.*

-..... *Consejo de Estado-Sección Tercera, sentencia (2004, junio). Expediente rad. 76001-23-31-000-1999-1690-01 (25416). C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque.*