

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 1 de 11

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN RAZÓN DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

ELIZABETH MONTOYA PIEDRAHÍTA
Institución Universitaria de Envigado
elizitamp@hotmail.com

ANGELA MARÍA MESA PALACIO
Institución Universitaria de Envigado
Angela_mesap@hotmail.com

Resumen: El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia hace alusión a la responsabilidad civil del Estado, a cuándo este debe responder por sus acciones y omisiones, y además a la reparación patrimonial como resarcimiento con ocasión al daño producido. A raíz de esto en varios aspectos se ve afectado el bienestar de la población como en la responsabilidad médica, trayendo consigo la teoría de la perdida de la oportunidad y la falla probada del servicio.

Es por esto que la presente investigación pretende determinar los elementos importantes de la responsabilidad civil extracontractual en razón de la perdida de oportunidad.

Palabras claves: *Chance de la vida, pérdida de oportunidad, responsabilidad civil extracontractual, responsabilidad del Estado, responsabilidad médica*

Abstract: Article 90 of the Political Constitution of Colombia references to the civil responsibility of the State; to when they should answer for their actions and omissions, and in addition as compensation at the time the damage. Following this in many ways affected the welfare of the population as well as bringing the medical liability of lost opportunity theory and proven failure of the service.

That is why this research aims to determine the important elements of the tort because of the loss of opportunity.

Key words: *Loss of chance, Missed opportunities, Extracontractual Civil Liability, Responsibility of the State, Medical Liability.*

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 2 de 11

INTRODUCCIÓN

Con la creación de la Constitución Política de Colombia, en el año 1991, se proclamó el Estado social de derecho, el cual por primera vez en toda la historia de Colombia, establecería las pautas y las garantías que serían brindadas a la población, a la nación. A la par, y con ocasión a dicha implementación, se establece el régimen de responsabilidad del Estado, el cual es de suma importancia, y tal vez el primer paso para reconocer que el Estado, en sus diferentes formas, puede generar daños con hechos u omisiones los cuales deben ser resarcidos patrimonialmente.

Pese a que en Constituciones anteriores, en Colombia ya se hablaba de responsabilidad estatal, este tema no tuvo un amplio desarrollo legislativo ni jurisprudencial, por lo tanto, y en consecuencia de la declaración del Estado social de Derecho, ésta está contenida principalmente en el artículo 90 de la Carta magna y subsidiariamente tratada por la jurisprudencia y la doctrina progresivamente.

Es así como se pregona una responsabilidad estatal, la cual estará sujeta a los daños y perjuicios ocasionados con acciones u omisiones desprendidas del actuar de la

administración en los diferentes campos, uno de ellos, el de la medicina y la salud.

Hoy en día, la prestación de servicios en el área de la salud, tiene deficiencias tanto por el Estado como por las entidades privadas que lo desarrollan, y pese a los esfuerzos de la Administración Estatal por subsanarlos, la gran mayoría han sido en vano. Día a día, cantidades de personas padecen las consecuencias de un mal sistema de atención en salud, que de no ser así, podría marcar la diferencia entre la vida o la muerte para muchos de ellos, convirtiéndose en muchos casos en la pérdida de oportunidad o el chance de la vida, nombrado así por la jurisprudencia nacional e internacional.

Es una temática de actualidad y a la que constantemente las personas enfrentan una ardua lucha, para que el Estado cumpla lo que por Constitución Política debería ejecutar, puesto que es su deber velar y garantizar para que los derechos de las personas sean cumplidos, en este caso el derecho a la Salud- chance de la vida, que es un derecho fundamental, pues tiene conexidad con la Vida.

Por lo tanto, se pretende con el presente trabajo, dar a conocer el tema del chance de la vida o la pérdida de oportunidad, ofreciendo información clara y concreta para

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 3 de 11

que, cuando sea necesario, las personas reclamen al Estado por su deficiente prestación del servicio público de la salud, siempre y cuando esta deficiencia este probada y se cumpla con los requisitos que dentro de este trabajo serán desarrollados.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO

El primer referente jurisprudencial que se tiene, es la providencia del 22 de Octubre de 1896, realizada por la Corte suprema de Justicia, de la que se destaca que el Estado, deberá responder por los daños ocasionados a los particulares, de delitos imputados a funcionarios públicos.

Posteriormente en el año de 1941, la Ley 167 desarrolla y consolida jurídicamente la responsabilidad patrimonial del Estado pues reconoce competencia al Consejo de Estado para conocer de acciones reparatorias, esta normatividad encontraba fundamento en los artículos 2, 16 y 23 de la Constitución de 1886.

Sin embargo, solo fue hasta el año 1991, cuando realmente se vio un avance respecto a este tema, pues al establecerse Colombia como un Estado social de derecho, surge a su vez la responsabilidad Estatal, la cual

pondrá ciertos límites al actuar de la Administración, no se podrá extralimitar en sus funciones ni tampoco omitirlas, puesto que generaría una responsabilidad, la cual deberá ser resarcida patrimonialmente.

Es clara la Constitución Política de Colombia, cuando establece en su artículo 90: El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Igualmente, dicha responsabilidad, consta en el preámbulo y en el artículo 2 de la Constitución Política de Colombia, al implantar los fines esenciales del Estado, entre los cuales, el Estado debe velar por la protección de los ciudadanos, debe asegurarle la aplicación de todos sus derechos, en especial los fundamentales.

Es así como se le da la potestad al ciudadano para que haga cumplir efectivamente sus derechos ante el Estado, reclamarle patrimonialmente por daños y perjuicios ciertamente probados y con un nexo causal establecido.

Es decir, que la responsabilidad Estatal se da, cuando una persona sufre un daño o un perjuicio que no tenía por qué haberlo padecido, si el Estado hubiese actuado conforme a la ley y a la Norma de Normas.

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 4 de 11

**Elementos de la responsabilidad civil
extracontractual del Estado.**

Falla probada del servicio: Es a su vez el título de imputación bajo el cual responde la Administración, no se trata de una actuación accidental, sino una actuación por lo establecido en el artículo 90 de la Constitución Política, es decir que la conducta del Estado fue de omisión o de extralimitación y que debido a esta se causó un daño.

En este caso, la responsabilidad surge a partir de la comprobación de la existencia de tres elementos necesarios: i) el daño sufrido por el interesado; ii) la falla del servicio propiamente dicha, consistente en el mal funcionamiento del servicio porque éste no funcionó cuando debió hacerlo o, lo hizo tardía o equivocadamente y; iii) una relación de causalidad entre estos dos elementos, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio.

Daño: *El concepto del daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991 hasta épocas más recientes, como el*

perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo.¹

Siendo el daño el componente fundamental y determinante en la actuación del Estado para que se hable de responsabilidad civil extracontractual, existe un medio de control eficaz para lograr el resarcimiento de dicho daño, la Acción de Reparación Directa se encuentra contemplado en el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, Código Contencioso Administrativo Colombiano que expresa:

Artículo 140. Reparación directa. *En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.*

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 8 de junio de 2011, M. P. Evangelina Morales de Porras y otros, expediente 19360.

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 5 de 11

perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño.

Finalmente cabe resaltar que cuando el daño es causado por la Administración y es reconocido por ésta deberá responder a título indemnizatorio por los perjuicios causados a los particulares.

Nexo causal: *Es elemento de vital importancia dentro de los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual. Esencial en las teorías objetivas y necesario en las subjetivas. Como su nombre lo indica, es la relación o vínculo que debe existir entre el hecho y el correspondiente daño. Si no hay nexo causal no surge la responsabilidad civil, porque el daño no puede imputarse sino a quien ejecutó el hecho.*²

En conclusión, para el tema de la salud y el chance de la vida, es necesario probar de manera científica cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar su vida y que dicha esperanza

² TAMAYO JARAMILLO, Javier, Tratado de Responsabilidad civil, Tomo 1, pág. 237, 238, 239. 1989

haya sido frustrada por omisiones o acciones erradas en el actuar médico y de la entidad Oficial encargada de la prestación de dicho servicio.

Título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica

El Consejo de Estado en una reciente decisión afirmo que; *“...en donde se discute la responsabilidad de los establecimientos prestadores del servicio de salud la Sección ha establecido que el régimen aplicable es el de falla del servicio, realizando una transición entre los conceptos de falla presunta y falla probada, constituyendo en la actualidad posición consolidada de la Sala en esta materia aquella según la cual es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria”*.³

³ Sentencia de agosto 31 de 2006, expediente 15772, M.P. Ruth Stella Correa. Sentencia de octubre 3 de 2007, expediente 16.402, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 23 de abril de 2008, expediente 15.750; del 1 de octubre de 2008, expedientes 16843 y 16933. Sentencia del 15 de octubre de 2008, expediente 16270. M.P. Myriam Guerrero de Escobar. Sentencia del 28 de enero de 2009, expediente 16700. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 19 de febrero de 2009, expediente 16080, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 18 de febrero de 2010, expediente 20536, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 9 de junio de 2010, expediente 18.683, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVISADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 6 de 11

CHANCE DE LA VIDA

Se ha considerado desde la teoría francesa denominada “*La perte d’une chance*” como la acción u omisión que se desprende de una entidad o autoridad pública, en este caso el sector de la medicina, cuando se priva a un particular de la posibilidad de que sobreviva, se cure o se le garantice su derecho a la vida, todo esto llevando a una inminente falla en la prestación del servicio la cual siguiendo los lineamientos que establece la jurisprudencia origina responsabilidad patrimonial del Estado. En sentencia del 18 de febrero de 2010 el Consejo de Estado, Magistrada Ponente María Esther Hernández Gamboa, hace un gran énfasis en lo que lleva consigo la falla en la prestación del servicio médico;

Tratándose de la prestación del servicio público médico- hospitalario, el Estado asume una carga especialísima de protección, toda vez que las personas que se someten a la praxis médica, quirúrgica y/u hospitalaria, lo hacen con la finalidad de que un grupo de personas con un conocimiento profesional y técnico brinden soluciones efectivas a situaciones que se relacionan de manera directa o indirecta con el concepto de salud. En ese orden de ideas, el principio de confianza

legítima en materia de la prestación del servicio médico-hospitalario se torna más exigente, como quiera que los parámetros científicos, profesionales y técnicos que rodean el ejercicio de la medicina se relacionan con el bien jurídico base y fundamento de los demás intereses jurídicos, esto es, la vida y, por conexidad, la salud.

En base a lo anterior el Honorable Consejo de Estado en pronunciamiento del día 26 de Marzo de 2008, establece los requisitos para acreditar la figura de pérdida de oportunidad, son enumerados por este así:

1. *Que la entidad obligada a brindar el servicio médico requerido incurrió en una falla del servicio por haber omitido el cumplimiento de su obligación o haber brindado el servicio de manera tardía o inadecuada. Debe destacarse que, conforme a lo sostenido por la Sala, la responsabilidad patrimonial por la falla médica involucra no sólo el acto médico propiamente dicho, que se refiere a la intervención del profesional en sus distintos momentos y comprende particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones*

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 7 de 11

quirúrgicas, sino que también se refiere a todas aquellas actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención profesional, que operan desde el momento en que la persona asiste o es llevada a un centro médico estatal, hasta que culmina su demanda del servicio, actividades que están a cargo del personal paramédico o administrativo.

2. *Que la persona que demandó el servicio médico tenía serias probabilidades de recuperar o mejorar su Estado de salud, con una adecuada y oportuna intervención médica, porque el daño, en este tipo de eventos no es la muerte, la invalidez, la incapacidad, sino la frustración de la probabilidad de conservar la vida o recuperar las salud, si se hubiera prestado al paciente un tratamiento oportuno y adecuado.*

3. *Que la falla del servicio médico frustró esa probabilidad. Debe quedar establecido el nexo causal entre la falla médica y la pérdida de la oportunidad que tenía el paciente de curarse, porque si se establece que la causa del daño fue la condición misma del Estado del paciente y no la omisión o error*

médico, no hay lugar a considerar que existió pérdida de oportunidad. Por eso, la Sala viene insistiendo de manera reciente en que la pérdida de oportunidad no es un sucedáneo para la solución de los problemas que surjan en relación con la demostración del nexo causal.

4. *El monto de la indemnización estará determinado por las posibilidades concretas que en términos porcentuales podía tener la persona de recuperar o mejorar su salud.*

Es por esto que la falla en el servicio médico y su fundamento jurídico ha ido evolucionando sobre la tesis de la falla probada, razón por la cual el demandante debe acreditar los elementos mínimos que hacen parte de la responsabilidad estatal como el daño antijurídico, la falla o falta del servicio y el nexo causal.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Durante siglos, la figura del Estado, tuvo inmunidad civil y administrativa referente a su actuar. Vemos como las diferentes formas de Estado que se consagraron durante años, no tomaban en cuenta la figura de la nación, y la importancia de su participación. Por lo tanto, las personas que ostentaban el poder eran

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 8 de 11

inmunes ante su mal obrar, fuesen omisiones, o extralimitaciones.

Sin embargo, gracias a la evolución política, sociológica y psicológica de los pueblos y de los conglomerados, esto cambió predicándose y estableciéndose en algunos regímenes la responsabilidad Estatal, la cual le fijaría ciertas pautas y derroteros a los gobernantes sobre las cosas que pueden y no pueden hacer, se comenzó a reglamentar sus actos.

En Colombia, con el paso de los años, se ha visto la necesidad que tenía el país de establecer dicha figura de responsabilidad, y pese a que en muchas áreas se han realizado los esfuerzos necesarios para prestar servicios buenos y satisfactorios para la población y de que hoy en día se dan garantías a ciertos derechos, la salud es uno de los que no se caracterizan precisamente por ello. La salud, siendo además de un servicio público en cabeza del Estado, es un derecho fundamental que por ser conexo con la vida, debería ser uno de los pilares y un objetivo importante de los diferentes Administradores.

Realmente es importante resaltar, la cantidad de personas inocentes que mueren a diario por una falla del Estado, que en muchas ocasiones no es resarcida como se debe.

Es por esto que con el presente trabajo, se plasmó un tema de actualidad y de gran interés para las personas, puesto que la salud como se dijo anteriormente es un derecho fundamental que día a día es trasgredido por autoridades y entidades Oficiales, pasando desapercibido por las personas que se ven afectadas, debido a la falta de información que se le brinda a los ciudadanos sobre cómo hacer cumplir sus derechos, cuáles mecanismos podrían ejercer para que se garanticen y sean protegidos los mismos.

Se contempla entonces la necesidad que tiene la población de acceder a acciones, como la reparación directa, para pedir el resarcimiento de ciertos perjuicios o daños que ocasionaron pérdidas y padecimientos que no tenían por qué tener. Lo cual hace parte de uno de los motivos para que legislaciones extranjeras implementaran la teoría del chance de la vida o pérdida de oportunidad, la cual fue implementada en Colombia, luego del nacimiento de la Constitución Política de 1991.

Así mismo y luego de haber realizado todo un análisis jurisprudencial en cuanto al chance de la vida, es claro que ha habido un gran avance en cuanto a la protección de los derechos fundamentales, siendo el Consejo de Estado el salvaguarda de dicho tema, es decir, que por medio de las diferentes

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 9 de 11

sentencias se ve el ánimo de garantizar progresivamente los derechos fundamentales, característica primordial del Estado social de derecho, lo que intrínsecamente llevaría a una interpretación estricta en cuanto al interés que tiene el Estado de indemnizar daños y proteger derechos estipulados en la C.P.

Motivo por el cual, este trabajo es un respaldo que sienta las bases y la información necesaria al momento de pretender un resarcimiento por parte del Estado, pues demarca las características de la responsabilidad, título de imputación, requisitos para que ésta se de y especificaciones sobre la teoría de la pérdida de oportunidad, de la que se desprende tal vez sea la conclusión de mayor importancia, es necesario probar de manera científica cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar su vida, y que dicha esperanza haya sido frustrada por omisiones o acciones erradas del actuar medico.

El Estado consagra una autorresponsabilidad en el artículo 90 de la C.P, y si frente a la cual, las personas se ven afectadas y cumplan con los requisitos ya expuestos, es necesario que accedan a la jurisdicción Contenciosa Administrativa para iniciar las acciones correspondientes en pro de la protección de sus derechos. El estado da a la

población las armas para defenderse de las irregularidades que suceden día a día y más en el campo de la salud, es simplemente saberlas usar para obtener la garantía de un derecho y el beneficio propio.

REFERENCIAS

- Constitución Nacional de 1983.
- Constitución Política de 1991.
- Código Civil de Colombia.
- Ley 167 de 1941.
- Ley 1395 de 2010.
- Decreto 01 de 1984
- Sentencia de agosto 31 de 2006, expediente 15772, M.P. Ruth Stella Correa.
- Sentencia de octubre 3 de 2007, expediente 16.402, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.
- Sentencia del 23 de abril de 2008, expediente 15.750; del 1 de octubre de 2008, expedientes 16843 y 16933.
- Sentencia del 15 de octubre de 2008, expediente 16270. M.P. Myriam Guerrero de Escobar.
- Sentencia del 28 de enero de 2009, expediente 16700. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.
- Sentencia del 19 de febrero de 2009, expediente 16080, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.
- Sentencia del 18 de febrero de 2010, expediente 20536, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.
- Sentencia del 9 de junio de 2010, expediente 18.683, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 10 de 11

Sentencia de 18 de febrero de 2010, expediente. 17655

Martínez, G., Martínez, C. (2003). *Responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá. Editorial Temis.

Tamayo, J. (1989). *Tratado de responsabilidad civil*. Bogotá: Editorial Temis.

Gilberto Martínez Rave: Abogado. Tratadista de Derecho Penal, Procesal Penal y de Responsabilidad Civil. Profesor de Postgrados en las Universidades de Medellín y Autónoma Latinoamericana.

Catalina Martínez Tamayo: Abogada de la Universidad Pontificia Bolivariana, Especializada en responsabilidad civil contractual y extracontractual de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Especializada en Responsabilidad civil y seguros de la Universidad EAFIT. Ha sido profesora en las universidades Pontificia Bolivariana, CES, Eafit, Autónoma Latinoamericana, entre otras. Abogada en ejercicio, es coautora con Gilberto Martínez Rave del libro Responsabilidad Civil Extracontractual.

Javier Tamayo Jaramillo: Abogado. Doctor en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, con especialización en Economía y Derecho de los Seguros. Fue Magistrado de la Corte Suprema de Justicia por un período de dos años (1994 - 1996) y asesor jurídico de distinguidas organizaciones

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-03
		Versión: 01
		Página 11 de 11