

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTA MARÍA LA ANTIGUA  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Tesis de Licenciatura

***LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD: DAÑO, PRUEBA E  
INDEMNIZACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA***

Presentada por:

Irene S. Lombardo  
8-933-2278

Director de Tesis:  
Prof. Patrick J. Baudin

Ciudad de Panamá, República de Panamá  
Junio de 2022.



Este obra está bajo una licencia de Creative Commons  
Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional

doi del documento  
<https://doi.org/10.37387/speiro.tl.571>

## DEDICATORIA

*A mi tía Claudia que me cuida desde el cielo y a mis tíos Moye, Dicky y Lolo.*

## AGRADECIMIENTOS

*A todos los que en algún momento hice preguntas, porque me ayudaron a encontrar claridad; a mi profesor Patrick J. Baudin por no dejarme renunciar; a mi familia y amigos, por empujarme a terminar.*

## **EXTRACTO**

Poco a poco toma más fuerza la idea de que la frustración de la posibilidad de obtener un beneficio o evitar una pérdida debe generar una obligación resarcitoria para el causante de dicha frustración. A pesar de esto, no queda claro qué debe pasar para que se genere el resarcimiento y mucho menos, cómo se debe reparar. Por ello, en este proyecto de investigación nos propusimos hacer un análisis extensivo de la pérdida de oportunidad, especialmente, en casos de responsabilidad médica. Esto, a fin de delimitar su utilidad sin dejar de un lado los presupuestos esenciales del Derecho de Daños.

A fin de entender qué es la pérdida de oportunidad y cómo se puede dar en la responsabilidad médica, estudiamos gradualmente las ciencias en donde estas se conectan. Así, observamos cómo se perfiló dentro del Derecho de Daños y qué casos pueden generar que el médico o sanatorio indemnicen a la víctima por la frustración de una posibilidad. Esto trajo como resultado que se tenga un mejor entendimiento sobre lo que es la pérdida de oportunidad, cómo se puede probar y por último, cómo se debe indemnizar.

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>1</b>
<b>PARTE I: DELIMITACIÓN DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN EL DERECHO DE DAÑOS Y EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA</b>	<b>4</b>
<b>CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN A LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD: EL PROBLEMA DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA</b>	<b>5</b>
<b>I. NOCIONES PRINCIPALES DE RESPONSABILIDAD CIVIL</b>	<b>6</b>
A. El deber de responder como fundamento de la Responsabilidad Civil	7
B. Funciones del Derecho de Daños	9
1. Función Demarcatoria o de demarcación	10
2. Función Reparatoria o resarcitoria	11
C. Presupuestos de la Responsabilidad Civil	12
1. Antijuricidad	15
2. Nexo Causal	18
3. Factor de Atribución	21
a. La Culpa	22
b. El Riesgo	28
4. Daño Indemnizable	31
a. Conceptualización Del Daño	32
b. La distinción entre daño y perjuicio	35
c. Requisitos del perjuicio indemnizable	43
<b>II. ANTECEDENTES DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD</b>	<b>46</b>
A. Origen jurisprudencial	46
B. El problema de la calificación jurídica	51
1. La pérdida de oportunidad como un criterio de imputación probabilística	52
2. La pérdida de oportunidad como un supuesto de daño autónomo	56
C. Definición de pérdida de oportunidad o pérdida de chance	61
<b>CAPÍTULO II: EL ESTUDIO DE LA PÉRDIDA DE CHANCE COMO UN PERJUICIO INDEMNIZABLE</b>	<b>62</b>
<b>I. CONTENIDO DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD</b>	<b>62</b>
A. El lado positivo o “chance de gain”	63
B. El lado negativo o “chance d’éviter une perte”	64
<b>II. ELEMENTOS NECESARIOS PARA QUE SE CONFIGURE EL PERJUICIO POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD</b>	<b>65</b>
A. Incertidumbre del resultado esperado	66
B. Certidumbre en la chance frustrada	67
C. Irreversibilidad de la chance frustrada	68
D. Existencia de una relación de causalidad entre el autor de la conducta y la pérdida de oportunidad	69
<b>III. LO QUE ES Y LO QUE NO ES LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD</b>	<b>71</b>
A. Lucro cesante Vs. Pérdida de oportunidad	72

B. Perjuicio emergente vs. Pérdida de oportunidad	73
C. Perjuicio moral vs. Pérdida de oportunidad	75
<b><i>CAPÍTULO III: LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA</i></b>	<b>76</b>
<b>I. DEFINICIÓN DE ACTO MÉDICO</b>	<b>77</b>
<b>II. SOBRE LA LEX ARTIS AD HOC</b>	<b>78</b>
<b>III. NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO MÉDICO</b>	<b>80</b>
A. Naturaleza jurídica en cuanto a la obligación del médico	80
1. Obligación de medios	80
2. Obligación de resultado	82
B. Naturaleza jurídica en cuanto a la responsabilidad del médico	85
1. Responsabilidad contractual	86
2. Responsabilidad extracontractual	89
<b>IV. DEBERES Y OBLIGACIONES INHERENTES A LA PRAXIS MÉDICA</b>	<b>92</b>
A. Obligación de informar al paciente	93
1. Derecho del paciente a emitir un consentimiento informado	95
B. Deber de asistencia médica	98
C. Deber de llevar el historial clínico	99
D. Deber de actuación diligente	102
E. Deber de mitigar los riesgos	103
<b>V. ACTOS QUE PUEDEN COMPROMETER LA RESPONSABILIDAD DEL GALENO</b>	<b>105</b>
A. El diagnóstico	105
B. El tratamiento	107
<b>VI. LA CULPA MÉDICA</b>	<b>108</b>
A. Noción de culpa médica	108
B. Modalidades de la culpa médica	110
<b><i>PARTE II: EVALUACIÓN DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA</i></b>	<b>115</b>
<b><i>CAPÍTULO IV: PERJUICIOS POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA</i></b>	<b>116</b>
<b>I. DIFERENCIA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA CON LA CHANCE TRADICIONAL</b>	<b>116</b>
A. Pérdida de oportunidad de curación	118
B. Pérdida de oportunidad de sobrevivir	119
<b>II. REQUISITOS PARA QUE SE CONFIGURE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN CASOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA</b>	<b>122</b>
A. Existencia de chances de recuperación y/o supervivencia del paciente	122
B. La configuración de culpa médica	123
C. Relación de causalidad entre la culpa médica y la chance frustrada	125

<b>III. PERJUICIOS POR PÉRDIDA DE CHANCE EN CASOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA</b>	<b>126</b>
A. Una distinción: la mal denominada pérdida de oportunidad de decidir	127
B. El error y/o la mora en el diagnóstico	131
C. Falla en la prestación del servicio de salud	136
<b><i>CAPÍTULO V: LA PRUEBA EN LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD</i></b>	<b>143</b>
<b>I. CAUSALIDAD Y ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD</b>	<b>144</b>
A. Teorías sobre el nexo causal	146
B. Factores que dificultan la atribución de responsabilidad	149
1. La concausación	149
2. Atribución de responsabilidad en el cuerpo médico	151
<b>II. LA CARGA DE LA PRUEBA</b>	<b>153</b>
A. Distribución de la carga de la prueba	156
<b>III. TEORÍAS PROBATORIAS RELEVANTES PARA CASOS DE PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD</b>	<b>158</b>
A. Teoría de la carga dinámica de la prueba	158
B. Criterio de probabilidad estadística	161
C. Criterio de imputación objetiva	163
1. Criterio del riesgo general de la vida	167
2. Criterio de prohibición de regreso	169
3. Criterio de incremento de riesgo	173
<b>IV. MEDIOS DE PRUEBA</b>	<b>176</b>
<b><i>CAPÍTULO VI: REPARACIÓN DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD</i></b>	<b>181</b>
<b>I. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA</b>	<b>181</b>
A. Legitimación activa en un juicio de responsabilidad	183
<b>II. PRECEPTOS FUNDAMENTALES DE INDEMNIZACIÓN</b>	<b>188</b>
A. Principio de reparación integral y pérdida de oportunidad	189
B. La importancia de la motivación del quantum	192
1. La condena en abstracto	196
<b>III. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD COMO UN PERJUICIO INDEMNIZABLE</b>	<b>198</b>
A. Contenido de la reparación por pérdida de chance	199
B. Elementos necesarios para indemnizar la pérdida de chance de curación y/o de supervivencia	202
1. Evaluación del estado del paciente ex ante el hecho dañoso	203
2. Evaluación del estado de la ciencia médica al momento del hecho dañoso	205
<b>IV. MECANISMOS PARA INDEMNIZAR LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD</b>	<b>207</b>
A. El uso de la estadística en la pérdida de chance	207
B. Posibilidad de generar un banco de datos predecible	210
<b><i>CONCLUSIÓN</i></b>	<b>215</b>

<b><i>BIBLIOGRAFÍA</i></b>	<b>221</b>
<b>I. LIBROS</b>	<b>221</b>
<b>II. ARTÍCULOS</b>	<b>230</b>
<b>III. LEGISLACIÓN</b>	<b>233</b>
<b>IV. JURISPRUDENCIA</b>	<b>234</b>



## INTRODUCCIÓN

En la actualidad, cada vez se escucha más a menudo que una persona estima que ha sido víctima de negligencia médica y que, como consecuencia de ello, se encuentra sufriendo perjuicios que desea sean indemnizados. A veces, estos perjuicios se visibilizan como la frustración de las probabilidades de recuperarse de su padecimiento. Esto último es lo que se conoce doctrinal y jurisprudencialmente como pérdida de oportunidad o pérdida de chance.

Esta es una figura que nace como parte del Derecho de Daños, a fin de solucionar la necesidad fáctica jurídica de generar la obligación de responder para casos en los que una persona sumergida en un curso causal iniciado para obtener un beneficio económico o evitar una pérdida, ve frustrada las probabilidades que tenía de culminar su curso causal como consecuencia de la culpa de un agente. Sin embargo, como de lo que trata es de una probabilidad y no una situación certera, el tratamiento de esta figura, sobre todo en casos de responsabilidad médica, resulta indiscutiblemente complejo.

Y es que, algo que ha caracterizado a la pérdida de oportunidad es el uso indiscriminado que le ha dado la jurisprudencia a lo largo del mundo. Así, a falta de homogenización de criterios, se ha recurrido a darle distintas calificaciones jurídicas y pensar inclusive, que casi cualquier hecho puede constituir la pérdida de una oportunidad susceptible de ser indemnizada.

Es en virtud de lo anterior expuesto que este proyecto de investigación tomará la tarea de hacer una revisión extensiva de la pérdida de oportunidad en casos de responsabilidad médica, a fin de despejar el enigma de su calificación jurídica y determinar cómo debe ser considerada para el Derecho de Daños, verificar si constituye un perjuicio susceptible de ser indemnizado y, en caso de acertar, analizar teorías y medios de prueba que sirvan para comprobar su validez y existencia y, por último, evaluar los mecanismos de indemnización de esta figura.

A fin de realizar lo anterior de forma efectiva, estimamos pertinente que el primer paso sea retornar a los principios básicos del Derecho de Daños, a fin de tomar los elementos necesarios de esta rama para entender cuándo debe surgir la obligación de responder por un acto, qué se entiende por un daño y si existe distinción alguna con el perjuicio y, más importante, responder desde los elementos de esta rama del derecho qué es verdaderamente la pérdida de oportunidad.

Una vez hayamos accedido a lo anterior, podremos pasar a evaluar la pérdida de oportunidad propiamente tal. Esto será importante, a fin de poder ubicar la figura en tiempo y espacio en determinadas situaciones y sobre todo, estudiar las particularidades que la caracterizan ya que, ciertamente no todo puede considerarse como pérdida de oportunidad.

Posteriormente, haremos referencia a la responsabilidad médica propiamente tal. Y es que, este proyecto estudia la relación de la responsabilidad médica y el Derecho de Daños a la luz de la pérdida de oportunidad, lo que hace necesario que se conozcan ciertos elementos que se desprenden del acto médico. Esto nos ayudará a determinar

cuándo se entiende que un galeno ha incumplido sus obligaciones y podría ser reprochado civilmente por sus actos.

Seguido al estudio de responsabilidad médica, llegará la hora de verificar la pérdida de oportunidad en este ámbito. Aquí, será importante ver si la figura tiene alguna diferencia de los casos tradicionales y sobre todo, estudiar cuáles son algunos de los casos propiamente tales en donde un galeno puede generar la pérdida de una oportunidad para el paciente.

Consecuentemente, el estudio anterior no estará completo sin antes abarcar el tema de la prueba. Y es que, siguiendo los preceptos del Derecho de Daños, veremos que para que se genere la obligación de responder, será necesaria que en un juicio de responsabilidad se pruebe que el galeno efectivamente ha generado la pérdida de una oportunidad. Para ello, veremos los principios de atribución y causalidad y distintas teorías que doctrinal y jurisprudencialmente se pueden utilizar cuando lo que está en frente es una situación de pérdida de chance.

Posterior a pasar el filtro probatorio, procederemos a hablar de la posibilidad de indemnizar la pérdida de una oportunidad. Aquí, veremos no solo cómo se indemniza, sino también quién puede pedir dicha indemnización y qué debe tener la resolución judicial que la contiene. Al finalizar lo anterior, habremos cumplido con el objetivo de analizar a cabalidad la pérdida de oportunidad en casos de responsabilidad médica, a fin de evitar que se perpetúe el uso indiscriminado a esta figura y, en su lugar, se genere la obligación de responder solo en los casos en los que ha sido debidamente comprobada.

**PARTE I: DELIMITACIÓN DE LA PÉRDIDA  
DE OPORTUNIDAD EN EL DERECHO DE  
DAÑOS Y EN LA RESPONSABILIDAD  
MÉDICA**

## **CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN A LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD: EL PROBLEMA DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA**

Desde finales del siglo XIX, se hace parte del derecho la idea de que la frustración de una oportunidad de obtener una ganancia o evitar una pérdida constituye la lesión de un interés jurídico que puede generar la obligación de resarcir al afectado. La frustración de una oportunidad o lo que la doctrina denomina “*chances*”, varía infinitamente. Así, podremos encontrar ejemplos clásicos como aquel del caballo que no llegó a competir en la carrera por culpa del transportista, y que como consecuencia pierde la chance de ganar el premio,<sup>1</sup> ejemplos curiosos como aquel en que, por un acto administrativo irregular, un candidato queda eliminado de una licitación pública, perdiendo la oportunidad de obtener una ganancia resultante de la contratación con el Estado<sup>2</sup> y, por último, ejemplos indiscutiblemente complejos como aquel que, por una acción u omisión en las obligaciones del galeno, el paciente pierde la chance de recuperarse de una enfermedad o, inclusive, de sobrevivirla. En este proyecto de investigación, nos dedicaremos a estudiar exclusivamente las últimas.

Ahora bien, es importante destacar que, aunque la doctrina y jurisprudencia extranjera reconozcan esta figura, su aplicación no resulta del todo uniforme. Es decir, aunque

---

<sup>1</sup> EDUARDO ZANNONI, EL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL. 103-104 (Editorial Astrea, 3ª Edición actualizada y ampliada, 2005)

<sup>2</sup> MARCELO LÓPEZ MESA, RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA Y PÉRDIDA DE CHANCE DE CURACIÓN (La “mala praxis médica” y el reclamo por la no recuperación de la salud o el agravamiento de la enfermedad). Revista de Derecho de Daños 7, 9-10 (2008). Ejemplos curiosos de pérdida de chance en la jurisprudencia extranjera.

podamos mencionar ejemplos innumerables y sentencias en donde la pérdida de oportunidad entra en discusión al momento de indemnizar un perjuicio, no encontraremos criterios, principios o inclusive, reglas unánimes para reconocer, evaluar e indemnizar la pérdida de una oportunidad, mucho menos si nos referimos a casos de responsabilidad médica. Y es por lo anterior que consideramos procedente que el primer capítulo del presente proyecto tome la tarea de hacer una revisión, primero, de los fundamentos de la responsabilidad civil y segundo, de la evolución que ha tenido la pérdida de oportunidad en el universo jurídico. Lo anterior, a fin de entender por qué surgió la necesidad fáctica jurídica de resarcir una oportunidad en la órbita del Derecho de Daños, y lo segundo, para entender y finalmente delimitar y dar una definición propia de la pérdida de oportunidad, a fin de tratarla de modo adecuado en casos de responsabilidad médica. Empecemos.

## **I. NOCIONES PRINCIPALES DE RESPONSABILIDAD CIVIL**

En el universo jurídico, es común escuchar con frecuencia aquella institución denominada responsabilidad civil. Al hacerlo, generalmente se presenta como una fórmula mágica, capaz de desaparecer los daños del mundo, resarcir a quien los sufre y limitar la conducta en sociedad. Y, aunque sus objetivos se inclinen a las últimas afirmaciones, la realidad es que la responsabilidad civil no es magia, está muy lejos de serlo.

Entonces, ¿Qué es la responsabilidad civil? ¿Cuál es su enfoque? Y principalmente, ¿Por qué es esta institución “mágica” la encargada de analizar la figura de la pérdida de oportunidad? Para responder lo anterior, debemos irnos a lo más básico, entender cómo surge la obligación de responder ante la causación de un daño, estudiar el daño y aquellos preceptos básicos que debe cumplir esta institución para efectuar cumplir sus objetivos.

#### **A. El deber de responder como fundamento de la Responsabilidad Civil**

La vida en sociedad está lejos de ser perfecta. A nuestro alrededor, ocurren cada día lesiones en los intereses, bienes y derechos de las personas. Y la realidad es que, estas lesiones no son algo nuevo, han ocurrido desde los tiempos más primitivos; lo que ha cambiado, o más precisamente, evolucionado, es la forma en la que se protege a las personas de sufrirlos y, por supuesto, la forma en que el agente responde por causarlos.

Conceptualmente hablando, responder significa dar cada uno cuenta de sus actos.<sup>3</sup> Cuando se habla de que una persona debe responder a alguien por algo, jurídicamente hablando, generalmente ocurre porque (1) una persona ha ocasionado un daño a otro, (2) quien ha sufrido el daño no debía soportarlo y (3) existe un deber jurídico incumplido por quien causó el daño. Así, se entiende que el deber de responder en sentido jurídico conlleva varias implicaciones. La génesis de estas inicia con el

---

<sup>3</sup> MARCELO LÓPEZ MESA, LA RESPONSABILIDAD CIVIL: MANUAL. SUS PRESUPUESTOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. 33 (Editorial B de F, 2019)

ordenamiento jurídico; en él, encontraremos el denominado deber jurídico genérico de no dañar a los demás (*alterum non laedere*), de no cometer faltas, y cuando por una acción u omisión se incumple lo anterior, uno deber dar cuenta de sus actos y **responder** por el daño ocasionado. Así, el deber de responder presupone el reconocimiento del ordenamiento jurídico, de que es responsabilidad de cada individuo cumplir con las normas y entender que no hacerlo conlleva una consecuencia jurídica, la cual se traduce en reparar los daños y perjuicios ocasionados a los demás.<sup>4</sup>

Entender que el deber de responder es una obligación jurídica forma parte de los preceptos básicos constitutivos de la responsabilidad civil. Lo anterior, porque la responsabilidad civil es un sistema plasmado en el ordenamiento jurídico, un sistema cuya materialización formal busca proteger los intereses, bienes y derechos de los demás; protección que, a su vez, plasma consecuencias jurídicas para comportamientos que ocasionan daños injustificados a terceros.

Así, se construye un sistema que estudia la relación entre el que causa el daño y quien lo sufre, teniendo como base la atribución de una obligación indemnizatoria a quien no ha actuado correctamente, ya sea porque actuó mediando culpa o dolo o porque ejerció una actividad especialmente peligrosa, la que lo hace responsable a título de incrementador o creador de un riesgo extraordinario.<sup>5</sup> Este sistema, es el que desde los tiempos más primitivos, ha tomado la tarea de reparar los daños y, aunque la parte

---

<sup>4</sup> *Id.* P. 34

<sup>5</sup> *Supra* 3, p. 10

indemnizatoria de la responsabilidad civil es algo que detallaremos más adelante, queremos dejar claro que el reproche jurídico que asume el agente dañador, proviene, en cierta medida, de un deber materializado en el derecho y en modelos generales de conducta para evitar dañar a los demás, entendiendo que hacerlo conlleva su consecuencia. Por supuesto, la idea de responder por los daños ocasionados es mucho más compleja de lo que suena pues, no podemos pedirle al legislador que plasme posibilidades infinitas en las que una persona responde por un determinado acto; lo que indica, que el ordenamiento solo podrá plasmar modelos razonables de conducta, los cuales responderán a ciertas funciones y presupuestos constitutivos del deber de responder civilmente por los actos.

## **B. Funciones del Derecho de Daños**

Cuando hablamos de Derecho de Daños, hacemos referencia al conjunto de normas y principios que conforman el sistema jurídico general de prevención y reparación de daños.<sup>6</sup> Así, el Derecho de Daños, como ciencia jurídica, se encarga de que las normas jurídicas respondan a ciertas funciones especializadas que tengan el objeto de solucionar de la forma más eficiente posible, la causación y reparación de los daños. Nos referimos a la función demarcatoria y resarcitoria.

---

<sup>6</sup> MARCELO LÓPEZ MESA, DERECHO DE DAÑOS: MANUAL, LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. 19 (Editorial B de F. 2019).

### ***1. Función Demarcatoria o de demarcación***

Hemos visto que cuando se incumple lo normado en el ordenamiento jurídico, quien lo hace debe responder por ello y que en dicho ordenamiento se plasman modelos generales de conducta que una persona razonable debe seguir para no generar daños a terceros. La relación entre lo que una persona razonable puede hacer y cuándo aquella responde por un daño, obedece a la función demarcatoria. Resulta que, esta función se encarga de delimitar las fronteras entre los ámbitos de libertad de actuación y aquellos en los que esa libertad de actuar se encuentre restringida en atención al sistema de protección de determinados derechos e intereses. Así, la función de demarcación presupone la existencia de normas de responsabilidad civil, las cuales limitan la actividad personal e imponen la abstención de ciertas actividades.<sup>7</sup> Consideramos que la anterior función es importante por dos razones sencillas. La primera, porque permite la existencia de normas exclusivas en la materia, lo que permite claridad al momento de trazar los límites de conducta entre lo que se puede hacer y por lo que se debe responder. La segunda razón, porque creemos que dota de seguridad jurídica en un sentido general. Y es que, el deber de responder jurídicamente por los actos implica que exista una norma incumplida; por otro lado, si no existe una norma, si no existe un límite hacia esa conducta específica, la

---

<sup>7</sup> LUIS DÍEZ-PICAZO, FUNDAMENTOS DEL DERECHO CIVIL PATRIMONIAL V: LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. 23 (Editorial Civitas, Primera Edición. 2011)

responsabilidad civil no puede obligar al agente a que repare y responda por la lesión de un interés que no se encuentra jurídicamente protegido.

Creemos también, que la función demarcatoria o de demarcación resalta el dinamismo del Derecho de Daños. Y es que, las actividades que las personas realizan cambian con el paso del tiempo, lo que permite al derecho evaluar en determinados momentos el alcance que cierta conducta tiene en la sociedad y limitarla, si considera que es susceptible de lesionar bienes, intereses o derechos que se deben proteger.

## ***2. Función Reparatoria o resarcitoria***

Dentro de la ecuación del derecho de daños, resulta necesario tener en cuenta que la causación de daños desencadena no solo consecuencias para quien lo causa, sino también para quien lo sufre. Ante esto, es lógico pensar que una de las consecuencias del deber de responder, implica la obligación de compensar a la víctima del daño.

Así, la función reparatoria resalta entre las demás de todo sistema de responsabilidad civil, pues consiste en proporcionar a quien sufre un daño injusto, los medios jurídicos necesarios para obtener una reparación, encargándose entonces de distribuir los daños que ocurren en la vida en sociedad.<sup>8</sup> Con esto, no debemos pensar que la función reparatoria pretende borrar el daño del mundo, pues pensar eso es creer que el derecho de daños es una ilusión, sino más bien entender que el derecho no obligará a que la víctima del daño asuma las derivaciones del mismo por sí solo, sino que

---

<sup>8</sup> *Supra* 7, p. 29-30

pondrá a cargo de otro las consecuencias que ha de sufrir la víctima. Esto indica que la indemnización de los daños, implica el endoso de los mismos, es decir, la disminución del patrimonio del causante del daño en favor de la víctima del mismo, por haber realizado una conducta reprochable para el ordenamiento jurídico. De este modo, el daño se pone a cargo de una persona distinta de aquel que lo sufre porque “aquella no hizo lo que debía haber hecho y, si hubiera actuado debidamente, el daño no se hubiera producido”.<sup>9</sup> Por supuesto, hay más aristas que tener en cuenta al momento de determinar el traspaso del daño y la obligación de indemnizar, como son los temas de causalidad, daño indemnizable y factores de atribución, entre otros, pero esto lo veremos más adelante. Por ahora, resulta útil comprender que, el derecho de daños protege ciertos bienes, derechos e intereses, que para dicha protección limita la conducta en sociedad; y que, si una persona realiza actos que sobrepasan los límites generando daños a otros, es posible que la víctima sea indemnizada por los perjuicios sufridos, para que no quede el daño a cargo de quien no debió haberlo soportado.

### **C. Presupuestos de la Responsabilidad Civil**

El sistema de la responsabilidad civil permite que las personas reciban indemnización por los daños injustamente sufridos. A pesar de esto, debemos resaltar que se necesita mucho más que la producción de un daño para que el mismo sea resarcido. De hecho, al saber que ha ocurrido un daño, debemos sumergirnos en lo que se denomina

---

<sup>9</sup> LUIS DIEZ-PICAZO, DERECHO DE DAÑOS. 42 (Editorial Civitas, Primera Edición. 1999)

deconstrucción inversa del daño. Este es un estudio especializado de la situación *ex post facto*, en donde se estudia integralmente el hecho dañoso, los agentes inmiscuidos en el mismo y las consecuencias, para determinar si se configuran o no los elementos necesarios para resarcir al afectado. El estudio integral de estos elementos forman lo que se conoce como presupuestos de la responsabilidad civil.

Y es que, aunque existan múltiples formas en las que se ocasionen daños e inclusive, teniendo en cuenta que cada hecho dañoso tiene consecuencias particulares, tanto por la conducta que lo causa como por las consecuencias que asume quien lo sufre, existen ciertos elementos comunes que ayudan a determinar cuándo se está ante una situación objeto de estudio de la responsabilidad civil y si se configuran los elementos necesarios para que se genere la obligación de indemnizar. Así, centraremos esta sección en exponer sobre: el daño causado, la relación causal o el nexo causal, los factores de atribución, y la antijuricidad.

Para ello, empezaremos remitiéndonos a una analogía que ha creado el gran autor Marcelo López Mesa, en donde establece que pueden estudiarse los presupuestos de la responsabilidad civil desde el punto de vista de una caja o anaquel compuesto por cuatro lados iguales.

“a) El techo de la caja es el *daño causado*. Es el techo, porque el daño causado y acreditado es el tope de la reparación y, por sobre él, solo existe el enriquecimiento sin causa.

b) La base de la caja es la *relación causal*. Es la base simplemente porque, si no existe relación causal adecuada con el daño, la más vil

de las conductas, la intencionalidad dañosa más desembozada, no compromete la responsabilidad de su autor.

c) Una de las paredes maestras laterales es la *antijuricidad*. Sin un deber jurídico u obligación quebrantada no hay imputación de responsabilidad.

d) Finalmente, la otra pared maestra es el factor de *atribución*. Sin que exista un buen fundamento para que alguien sea obligado a indemnizar, no puede el juez cambiar el daño del bolsillo del perjudicado al del dañador”.<sup>10</sup>

Son estos los elementos comunes a los que la responsabilidad civil le es fiel, elementos que ayudan a detener, aún más si es posible, el desbordamiento de este sistema, para así limitar las situaciones objeto de su estudio e indemnizar los daños jurídicamente relevantes e injustamente causados.

Antes de empezar a detallar sobre los presupuestos de la responsabilidad civil por separado, es menester dejar claro que es imperante que se configuren los cuatro elementos comunes para que se genere la obligación de indemnizar, es decir, no puede faltar ninguno. Es por ello, que la responsabilidad civil va mucho más allá de la producción del daño.

Por la importancia de cada uno dentro del sistema de responsabilidad civil, no será raro escuchar que, de cada uno de estos presupuestos podría escribirse un

---

<sup>10</sup> MARCELO LÓPEZ MESA, PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. 68-69 (Editorial Astrea, Primera Edición. 2013)

proyecto de investigación. Entonces, lo que veremos a continuación, será un revisión contentiva de lo conceptual e importante de cada uno de ellos, a fin de que, al estudiar específicamente la pérdida de oportunidad, no sea tan complicado distinguir los cuatro presupuestos en esta figura, para que pueda surgir el deber de responder.

### ***1. Antijuricidad***

Aunque a simple vista no lo parezca, no es fácil definir la antijuricidad como un presupuesto de la responsabilidad civil. De hecho, a lo largo de la evolución de la responsabilidad civil hay quienes establecen que la antijuricidad no es un elemento común a la causación de daños. Pero, antes de abarcar esto, estableceremos el concepto de antijuricidad como aquella situación en la que una persona, al infringir un deber legal u obligación contractual, causa un daño a otro, sin que medie una causa de justificación de ese daño.<sup>11</sup> Se cree que la clave para entender el concepto de antijuricidad se encuentra en la existencia de un deber jurídico o un vínculo contractual. Esto último indica que, el deber de responder jurídicamente por un acto presupone la vulneración de un deber presupuesto en una norma, aún la más general de ellas, como lo es el deber de no causar daños a otros (*alterum non laedere*) o de la vulneración de lo estrictamente pactado en un contrato. Y esto, tomando en consideración el hecho de que es poco probable que encontremos supuestos de hechos con

---

<sup>11</sup> Sentencia del 9 de febrero de 2009. Cámara de Apelaciones de Trelew, Argentina. Voto del Dr. López Mesa

consecuencias jurídicas para todos los daños que se podrían o no generar en sociedad y por ello, al establecer que la antijuricidad presupone la vulneración de un deber legal, podemos referirnos al deber más básico y genérico del Derecho de Daños, siendo este el de no causar daños a otros injustificadamente.

Una vez establecidas las consideraciones claves para entender el concepto de antijuricidad, es menester exponer sobre los argumentos de quienes interpretan que la antijuricidad no es un presupuesto de la responsabilidad civil. Realmente, quienes no consideran la antijuricidad como presupuesto, lo hacen por la existencia de la responsabilidad por actos lícitos, es decir, que no todo deber resarcitorio presupone la existencia de un hecho ilícito. Un ejemplo de ello data en la responsabilidad que tienen las aerolíneas de resarcir daños sufridos a los pasajeros, inclusive en situaciones de caso fortuito.<sup>12</sup> Ante esto, resulta necesario hacer una diferenciación entre antijuricidad e ilicitud. Por un lado, hemos visto que la antijuricidad ocurre cuando se infringe un deber jurídico u obligación contractual, mientras que, por otro lado, la ilicitud data en hechos que el ordenamiento jurídico prohíbe materializar. Resulta ser que, como bien puede verse en el ejemplo, puede existir responsabilidad por actos lícitos pero, esto es porque pueden existir situaciones en las que existe antijuricidad, pero no ilicitud. Dicho en palabras sencillas, los daños que sufren

---

<sup>12</sup> MARIANO YZQUIERDO TOLSADA, RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. 160 (Editorial Dykinson, S.L., 5ª Edición. 2019)

los pasajeros de avión no datan de hechos ilícitos (porque volar un avión no lo es), pero eso no quita que no deban ser resarcidos por los perjuicios sufridos pues, el deber de no dañar a otros ha sido infringido y con ello se visibiliza el presupuesto antijurídico.

Así, podemos decir que el concepto de antijuricidad es más amplio que el de ilicitud, siendo así que puede verse a la antijuricidad como el género y la ilicitud como una especie. Lo que nos queda de lo anterior expuesto, es el hecho de que “todo acto ilícito es antijurídico, pero no todo acto antijurídico es ilícito”.<sup>13</sup> Así, la causación del daño resulta siempre en un hecho antijurídico, pero no necesariamente este proviene de un hecho ilícito.

Aunado a lo anterior, consideramos pertinente destacar que el presupuesto de la antijuricidad supone la materialización de la función demarcatoria de la responsabilidad civil.

Recordemos que la función demarcatoria permite, no solo que exista una limitación entre lo que uno debe hacer y por lo que uno debe responder, sino también que materializa esa limitación en deberes y normas dispuestas en el ordenamiento jurídico. Esta materialización es la que da luz al presupuesto de la antijuricidad pues, es la que permite que la vulneración de un deber o vínculo contractual, sea indicativo de que nos encontramos ante un hecho antijurídico, capaz de generar consecuencias a quien lo haya causado.

---

<sup>13</sup> MARCELO LÓPEZ MESA, LA RESPONSABILIDAD CIVIL: SUS PRESUPUESTOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. 528 (Editorial B de F. 2019)

Luego de precisar argumentos y consideraciones respecto a este presupuesto, nos queda solo contestar la siguiente pregunta, ¿Cuándo estamos ante una situación antijurídica para la responsabilidad civil? Creemos que esta situación es el resultado del choque entre una conducta y el ordenamiento jurídico de forma integral. A su vez, esta conducta puede ser activa u omisiva. Será activa si el agente, con su propio comportamiento, realiza una acción que repercute en la destrucción o lesión de un bien o derecho de otro.<sup>14</sup> Por otro lado, la conducta será omisiva si la persona no actuó como razonablemente debía hacerlo para prevenir el daño.

En palabras sencillas, si una persona realiza una acción o una omisión que trae como resultado la lesión de un bien jurídico protegido por ley, es probable que estemos ante un hecho antijurídico, que bien puede provenir de un hecho lícito o ilícito. Y en ese momento, podremos decir que estamos frente a un elemento común a la causación de daños.

## *2. Nexo Causal*

Hemos visto de primera mano que la obligación de responder civilmente por los actos presupone la vulneración de un deber dispuesto en una norma. Y que, esta vulneración data del elemento de acción u omisión que puede realizar cualquier persona. Resulta también que, este choque entre la conducta que realiza un agente y

---

<sup>14</sup> JAVIER TAMAYO JARAMILLO, TRATADO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. TOMO I. 190 (Editorial Legis, Segunda edición corregida y aumentada, 2007)

el resultado que causa (hecho dañoso), debe estar necesariamente relacionado. Es esta relación la que nos trae a hablar del nexo causal.

El nexo causal o relación de causalidad hace referencia al vínculo que existe entre la acción u omisión que realiza una persona y el daño que haya generado esa conducta. En palabras sencillas, el nexo causal es la relación causa-efecto que debe necesariamente existir entre el hecho del agente y el daño producido<sup>15</sup>, a fin de que haya lugar al deber de responder civilmente por los actos. Esto quiere decir que, la conducta, ya sea una acción o una omisión, debe siempre guardar una correlación con el hecho dañoso. Y es que, de no ser así, ¿Cómo trasladar el daño a la cabeza de quien realmente no lo ocasionó?

Aunque todo suene muy bonito y justo, la relación de causalidad es quizás el presupuesto que genere mayor problema para la Responsabilidad Civil. Esto, porque la cuestión de la relación entre el hecho y el daño no siempre es fácil de distinguir. Por un lado, quizás la relación es más clara en casos como los de accidentes ocasionados por vehículos de motor. Por ejemplo, un conductor que iba a velocidad se pasa una señal de alto y atropella a un peatón; aquí es clara la línea de quién y cómo generó el hecho dañoso (el conductor omitió una señal y a consecuencia, atropelló al peatón). Por otro lado, es más difícil encontrar la relación de causalidad si nos situamos en un quirófano en el que participan varios galenos y todo lo que sabemos es que el paciente ha salido de ahí con complicaciones mayores en su salud a

---

<sup>15</sup> MARIANO YZQUIERDO TOLSADA, RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. PARTE GENERAL: DELIMITACIÓN Y ESPECIES. ELEMENTOS. EFECTOS O CONSECUENCIAS. 212 (Editorial Dykinson, 5ª Edición, 2019)

las que tenía cuando ingresó en el hospital. En este último ejemplo, habría inclusive que estudiar la situación desde mucho antes de que el paciente llegara al hospital. Como vemos, la situación no siempre será tan clara y el jurista deberá hilar fino para encontrar aquel punto causal que irrumpe la línea ordinaria de sucesos para generar daños.

Por los problemas que genera el estudio de la relación causal, la doctrina y jurisprudencia de múltiples partes del mundo se han encargado de diseñar distinciones y teorías relativas al estudio del nexo causal. Entre las distinciones, se encuentra la idea de que no es lo mismo causalidad material que causalidad jurídica.

Por un lado, la **causalidad material** busca resolver si el hecho dañoso fue ocasionado a consecuencia de la acción producida por el agente o bien, de la omisión de este. Es decir, que esta causalidad material es el estudio que se encarga de encontrar el autor del hecho dañoso.<sup>16</sup> Por otro lado, la **causalidad jurídica** tiene lugar en el juicio de imputación pues, se encarga de analizar si el autor del daño actuó o bien mediando culpa o negligencia o, creando un riesgo que el ordenamiento considere extraordinario. Para propósitos de esta sección, consideramos que nos encontramos en la fase de estudio de la causalidad material pues, antes de llegar a los factores de atribución o al reproche legal (causalidad jurídica), es necesario distinguir quién debe ser sometido a tal juicio de imputación.

---

<sup>16</sup> RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO. ANTIJURICIDAD Y RELACIÓN CAUSAL. Revista de Derechos de Daños 21, 34. (2003) (Relación causal y culpabilidad)

Adicional a las distinciones mencionadas anteriormente, hemos comentado que para facilitar la búsqueda de la relación causal del daño se han estudiado distintas teorías acerca de cómo percibir y encontrar el nexo causal en casos de responsabilidad civil. Pero, estas serán estudiadas más adelante pues, por ahora, lo que queremos dejar claro es la construcción de los presupuestos de responsabilidad civil que deben tenerse en cuenta a la hora de estudiar el daño, tal y como lo es la relación que debe existir entre la conducta y el daño producido por esta.

### ***3. Factor de Atribución***

Poniendo en palabras simples la fórmula de los casos de responsabilidad civil, lo que generalmente ocurre es que A (persona) vulnera B (deber contenido en una norma o vínculo contractual) y, como consecuencia de dicha acción C (persona #2) es víctima de un hecho dañoso. Cuando esto ocurre, surge automáticamente la pregunta de si A debería responder por el daño causado. La respuesta a la pregunta de cómo uno puede ser imputado por los daños nos lleva directamente a hablar de los factores de atribución de responsabilidad civil.

Estos son los criterios legales que ayudan a determinar si una persona, o bien obró con imprudencia, negligencia o que en su obrar creó un riesgo excesivo para el ordenamiento jurídico. Así, los factores de atribución son la respuesta a

si una persona actuó como debía previo a la causación del daño, es decir, como una persona razonable promedio hubiese actuado.

A lo largo de los tiempos, se han mantenido dos factores de atribución en la responsabilidad civil: la culpa y el riesgo. A continuación, veremos cada uno detalladamente.

### **a. La Culpa**

Si damos una breve revisión a los códigos civiles de corte romanista, no será extraño ver un artículo que tenga una fórmula similar a esta: “el que por acción u omisión cause daño a otro, **interviniendo culpa o negligencia**, deberá reparar el daño ocasionado”.<sup>17</sup> En la fórmula anterior, la conducta del agente está sujeta a la atribución de culpa o negligencia, para que surja el deber de responder. Esto indica que, para poder indemnizar un daño, es importante que quien lo haya causado haya actuado de forma culposa o negligente. Esta fórmula, por más sencilla que parezca, puede ser utilizada como fundamento de la responsabilidad civil para múltiples situaciones. Lo anterior, porque está basada en lo que se conoce como modelos de conducta. Pero, antes de explicar de qué se tratan estos modelos de conducta, es menester entender cómo los conceptos de culpa o negligencia nos llevan a ellos.

---

<sup>17</sup> Artículo 1644 del Código Civil de la República de Panamá, artículo 1902 del Código Civil de España, por decir unos cuantos.

En primer lugar, culpa implica la falta de cuidado, prudencia y la desviación del estándar de conducta exigible o del modelo de conducta.<sup>18</sup> Asimismo, la culpa puede manifestarse como impericia, imprudencia y negligencia. La forma en la que se manifiesta depende de la actuación que se haya tenido:

- a) Si un profesional obra con desconocimiento de las reglas y métodos que, diligentemente debería seguir, puede decirse que ha actuado con *impericia*.
- b) Si una persona obra con excesiva confianza sobre sus actos, es decir, sin ningún tipo de previsión sobre los posibles riesgos, puede decirse que ha actuado con *imprudencia*.
- c) Si una persona no hace lo que debe, o bien hace menos de lo que debe y su actuación se enmarca fuera de la diligencia exigible, puede decirse que ha obrado con *negligencia*.<sup>19</sup>

Ahora bien, una vez hemos enmarcado a la culpa como una manifestación de conducta, nos enfocaremos en la culpa como ausencia de la diligencia, a fin de poder, de forma práctica, desmenuzar la fórmula de atribución de responsabilidad.

Cuando la fórmula nos dice que quien actuando culposa o negligentemente responde por los daños, quiere decir que la culpa se equipara a la negligencia. Ciertamente, puede parecer un juego de palabras, pero la realidad es que una nos lleva a la otra. Es decir, culpa es negligencia cuando una persona actúa fuera del estándar de cuidado, o

---

<sup>18</sup> Artículo 4:101 de los Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil

<sup>19</sup> MARCELO LÓPEZ MESA. DERECHO DE DAÑOS: MANUAL. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. 151 (Editorial B de F. 2019)

cuando una persona *no actúa de forma diligente*. La clave de la culpa está en la comparativa diligencia o negligencia. En esa línea, para visibilizar mejor el concepto se debe enmarcar la diligencia dentro de un actuar cuidadoso, prudente y preventivo desde un punto de vista razonable. Esto último, en función de que no debe ser propio del derecho, ni resulta fácticamente probable pedir cuidados extraordinarios a fin de evitar causar daños a otros.

Solo hasta aquí, podemos ver cómo el concepto de culpa es más complejo de lo que parece, sobre todo, porque requiere que nos sumerjamos en un juicio de valor sobre la conducta que realizó el causante del daño. Y es que, para poder determinar si una persona actuó culposamente, debemos analizar la conducta que aquella realizó y determinar si esa conducta puede ser enmarcada como descuidada, imprudente y con ello, un factor determinante para la producción del daño; o bien, la persona actuó con cuidado razonable, pero aun así se causó un daño imprevisible. Y la distinción es importante pues, de ella depende que exista un factor de atribución de responsabilidad. Hasta ahora, quizás este juicio comparativo de negligencia o diligencia parezca abstracto pues, ¿Cómo valorar una actuación específica como diligente o negligente? La respuesta se encuentra en los modelos de conducta y en el estándar de conducta exigible.

Resulta ser que, así como diversos Códigos Civiles exponen fórmulas para atribuir responsabilidad a las personas y reparar los daños ocasionados, existen mecanismos para poder determinar cuándo nos encontramos ante una actuación que se enmarca dentro de dicha fórmula o, en palabras sencillas, cuándo una persona actuó

culposamente. Estos mecanismos están en nuestros códigos y leyes en formas de “diligencia de un buen padre de familia” o diligencia basado en “el estándar de la persona razonable promedio” y son conocidos como modelos de conducta. Estos modelos se utilizan para delimitar la conducta social y con ello, determinar a través de su fuente, las reglas, cuáles son las conductas que una persona debe tener.<sup>20</sup> Cuando decimos que su fuente se encuentra en reglas, nos referimos al hecho de cómo un “buen padre de familia” debe actuar, es decir, con cuidado, atención y esfuerzo, entre otros, atendiendo, por supuesto, a condiciones de modo, tiempo y lugar. Lo último, recordando que el ordenamiento no puede pedirle a un buen padre de familia, ni a una persona razonable promedio, estándares extraordinarios de cuidado y diligencia, con el propósito de evitar la causación de daños. Por ello, podemos decir que el modelo de conducta está basado en una diligencia media y abstracta. Media, en el sentido de que el juicio de valor de la diligencia o negligencia de una determinada situación está basado en conductas razonables de cuidado; y abstracta, porque no encontraremos artículos específicos en nuestros códigos que determinen el comportamiento que uno debe tener en cada situación de riesgo que pueda causar un daño en la vida, sino que atenderemos a valorar si las acciones y/o omisiones de la persona que causó el daño pueden alinearse a la diligencia que hubiese tenido un buen padre de familia, o a una persona razonable promedio. De ahí, podremos determinar si se configura el factor de atribución.

---

<sup>20</sup> LUIS DIEZ-PICAZO. FUNDAMENTOS DEL DERECHO CIVIL PATRIMONIAL V: LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. 262-263 (Editorial Arazandi, Primera edición, 2011)

Antes de culminar esta sección, es preciso hacer referencia a un tipo de diligencia que será de gran utilidad para propósitos de esta investigación: *la diligencia profesional*. Esta, como su nombre lo indica, tiene lugar en la diligencia (conducta competente, cuidadosa y razonable) que un profesional debe tener en el desempeño de sus funciones. Hay quienes relacionan esta diligencia solamente a la responsabilidad contractual, bajo la noción de que las partes inmiscuidas en un vínculo contractual conocen las capacidades y competencias de la otra parte y, consecuentemente, pueden esperar que las utilicen para cumplir con su cuota parte del contrato. Sin embargo, creemos que este tipo de diligencia tiene lugar también en la responsabilidad extracontractual pues, un profesional puede ocasionar daños a un tercero con quien no tiene relación previa en el desempeño de su labor profesional. Una vez entendido el ámbito de aplicación de esta diligencia, podemos decir que esta se evalúa conforme a los deberes inherentes de la obligación de un profesional en específico, además del deber de diligencia.<sup>21</sup> Es más fácil visibilizar lo anterior a través de un ejemplo; imaginemos el caso de un médico de turno que debe atender a un paciente que ha llegado en urgencias al hospital. En este momento, debemos tener en cuenta que existen ciertas reglas y cuidados inherentes al ejercicio de la medicina que el doctor debe seguir a fin de cuidar debidamente a su paciente tales como, realizar exámenes para generar un diagnóstico, llevar un historial clínico, entre otros. Si el médico no sigue las competencias pertinentes, puede ocasionar riesgos desmesurados en la vida

---

<sup>21</sup> GUIDO ALPHA. LA RESPONSABILIDAD CIVIL: PARTE GENERAL, VOLUMEN 1. 337 (Editora y Distribuidora Ediciones Legales E. I. R. L., César E. Moreno Moore trad., Primera Edición en español, 2016)

del paciente o inclusive, algún daño en su salud. Del ejemplo anterior, podrían surgir dos preguntas para determinar la posible existencia de la diligencia o negligencia profesional: 1) ¿Tenía el doctor previa relación con el paciente? Seguramente no, lo que nos lleva a ubicarnos en la esfera de la responsabilidad extracontractual. 2) ¿Puede el doctor generarle daños al paciente aunque no exista relación previa? Consideramos que sí pues, que exista o no relación previa no es una causa de justificación, ni una excusa para no desempeñar debidamente la profesión. Por supuesto, en el caso particular de los galenos hay un sinnúmero de cuestiones adicionales que se deben analizar, pero eso lo veremos más adelante. Por el momento, es importante dejar claro que es viable tener en cuenta que un profesional en el ejercicio de sus funciones puede generar daños si su actuación es negligente.

Este último tipo de diligencia viene medida con el tipo de profesión. La ausencia del cuidado y diligencia que requiere genera negligencia profesional, capaz de generar daños a terceros en el ejercicio de la profesión que se trate. La diferencia entre la negligencia profesional y la negligencia media exigible, resulta en la forma en la que se mide su fuente. Es decir, mientras que en la diligencia profesional se mide el cuidado que un profesional debe tener al ejercer su profesión, en la diligencia media se mide el cuidado que una persona razonable promedio lleva en la vida cotidiana.

De lo anterior expuesto, resulta importante concluir que, al saber que ha ocurrido un daño, debe necesariamente existir un factor de atribución para que surja el deber de responder por él. Uno de estos, la culpa, requiere que nos sumerjamos en un juicio de valor sobre la conducta generadora del daño. Es decir, debemos analizar si la

conducta está alineada a la negligencia o a la diligencia, pues solo así sabremos si el daño se ocasionó cuando el agente hizo menos de lo que debía o no hizo lo que debía hacer, configurándose entonces la culpa y generando el deber de responder.

### **b. El Riesgo**

Resulta necesario traer a colación que, no todos los daños pueden ser atribuidos utilizando la culpa como factor de atribución. Y es que, no siempre lo imperante en la causación de daños es la conducta diligente o negligente del agente que lo causa. A veces, se debe mirar no la conducta de la persona, sino la propia actividad que genera el daño y los cuidados que se tomaron al realizarla.

Así, a veces no importa siquiera si esa conducta es negligente, porque puede ser atribuible responsabilidad a quien genere daños mediante la realización de una actividad especialmente riesgosa. Son estos últimos casos los que trae a colación la denominada doctrina del riesgo.

Sabemos que esta “creación de riesgo extraordinario” trae a colación bastantes dudas respecto al tipo de actividad que puede generar riesgos, si todos deberían ser imputables al momento de indemnizar daños e inclusive, si para evitar ser objeto de este título de responsabilidad deberíamos sumergirnos en la inactividad. Para entender un poco cómo alguien puede responder por daños ocasionados por actividades peligrosas, empezaremos enmarcando el marco de estudio.

En primer lugar, el riesgo hace referencia a la posibilidad de que algo genere un resultado desfavorable. Dicho esto, no es sorpresa alguna establecer que múltiples actividades en nuestra vida cotidiana son generadores de riesgo. Por supuesto, desde el momento en el que nos despertamos tomamos decisiones de la vida cotidiana que conllevan en sí misma un riesgo y que son susceptibles de generar daños. Muchas veces el riesgo está en lo que comemos, por donde caminamos y hasta aparatos electrónicos que utilizamos para llevar a cabo nuestra vida cotidiana. Pero, y esta es una salvedad importante, *no son estos riesgos los que pueden constituir título de imputación de responsabilidad.*

Esto ocurre por lo que la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo de España reconoce como “riesgo general de la vida”<sup>22</sup> y consiste en las múltiples posibilidades de peligro que la vida misma genera y que por ello, el ordenamiento no considera suficiente fundamento para ser objeto de responsabilidad. Así, debemos despejar del marco del deber de responder las actividades del curso normal ordinario pues, no constituyen riesgos especiales en la vida de una persona.

Entonces, ¿Cuándo el riesgo es susceptible de ser título de imputación de responsabilidad?

Tratando de manifestarlo en palabras sencillas, puede haber responsabilidad por riesgo cuando, a través de un comportamiento libre, una persona se sirve de una fuente de riesgo para generar actividades y, estas fuentes de riesgo terminan produciendo daños a otros. Poco importa si la persona realizó la actividad mediando

---

<sup>22</sup> Sentencia del 5 de enero de 2006. Tribunal Supremo de España.

diligencia pues, el propio ordenamiento objetiviza este título de imputación al punto de que quien desarrolle la actividad sabe (porque el ordenamiento le exigirá) que debe hacerse cargo de los daños que se causen.<sup>23</sup> Lo que pasa realmente, es que el riesgo de la actividad se extiende a terceros, ocasionándoles daños que no deben asumir. Son clásicos los ejemplos de las aerolíneas que deben hacerse cargo de los daños que puedan generar a terceros, de empresas que fabrican productos que terminan siendo defectuosos y terminan resarciendo a los afectados o inclusive, de daños ocasionados por accidentes nucleares. Creemos que la clave para entender lo anterior está en el límite del riesgo permitido que puede generar una actividad y el daño que terceros pueden o no asumir. Así, tirarse en paracaídas es una actividad riesgosa a simple vista, pero permitida para el ordenamiento y quien voluntariamente quiera tirarse en paracaídas, asume el riesgo ordinario de la actividad. Ahora bien, si el paracaídas está roto, no abre, puede generar un daño importante a quien se tira, daño que no debe ser asumido por la víctima porque, no forma parte del riesgo normal de la actividad. Entonces, resulta lógica la idea de que se produzca el traslado del daño de la cabeza de la víctima, a la de aquel que maneja la fuente de riesgo.

En fin, cada una de las anteriores constituyen actividades que de cierta forma generan riesgos. Resulta importante tomar en cuenta todos los puntos de vistas posibles al momento de realizar la deconstrucción de un daño pues, no siempre la vista debe estar en la actuación del causante, a veces hay que mirar la actividad.

---

<sup>23</sup> XABIER BASOZABAL ARRUE. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL OBJETIVA: PARTE GENERAL. 57-58. (Boletín Oficial del Estado, Primera edición, 2015)

#### *4. Daño Indemnizable*

Ha llegado el momento de hablar sobre el elemento imprescindible de la responsabilidad civil; el daño. Este es el elemento mediante el cual el deber de responder empieza y también aquel que marca el límite de hasta dónde puede llegar. Y es que, la búsqueda de un deber incumplido, un autor de la conducta y el análisis de imputabilidad, resultan plenamente ineficaces si no hay daño. Porque, como mencionado, es cuando se conoce que alguien ha sufrido un daño que nos sumergimos en este sistema capaz de generar una obligación indemnizatoria para el causante del hecho dañoso en favor de la víctima.

La noción o idea de que el daño es el elemento más importante de la responsabilidad civil es una reiterada por juristas desde los principios del estudio de la responsabilidad pues, es lógico pensar que no hay por qué indemnizar a alguien que no ha sufrido un menoscabo injusto, ya que ello sería solo enriquecimiento injustificado. A continuación lo que ha dicho la doctrina respecto a lo anterior expuesto:

“El daño es la razón de ser de la responsabilidad, y por ello, es básica la reflexión de que su determinación en sí, precisando sus distintos aspectos y su cuantía, ha de ocupar el primer lugar, en términos lógicos y cronológicos, en la labor de las partes y juez en el proceso. Si no hubo daño o no se puede determinar o no se le pudo evaluar, hasta allí habrá de llegarse; todo esfuerzo adicional, relativo a la

autoría y a la calificación moral de la conducta del autor resultaría necio e inútil. De ahí también el desatino de comenzar la indagación por la culpa de la demandada”.<sup>24</sup>

Ahora bien, resultará razonable pensar que, por ser este el motor de la responsabilidad civil, es imperante matizarlo correctamente. Esto, porque hay múltiples formas en que pueden ocurrir hechos dañosos, pero no basta solo con que ocurran para que surja el deber de responder. Lo anterior sirve para fundamentar que el daño debe ser estudiado de forma íntegra, conceptualizado de forma correcta y cumplir con ciertos requisitos a fin de que pueda ser debidamente indemnizado, en caso de cumplir adicionalmente con los otros tres presupuestos de la responsabilidad civil. Y es esta matización o estudio íntegro del daño lo que veremos a continuación.

#### **a. Conceptualización Del Daño**

No resultará extraño percibir el daño desde una perspectiva abstracta. Probablemente, pensamos que cada vez que alguien sufre una lesión o menoscabo, *por toda clase de motivos*, ha sufrido un daño que debe ser indemnizado. De esta perspectiva, hay tanto aciertos como fallas. Por un lado, es cierto que el daño se traduce en el mundo material como una lesión o menoscabo que sufre una persona

---

<sup>24</sup> FERNANDO HINESTROSA. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: ANTIJURICIDAD Y CULPA, conforme citado en JUAN CARLOS HENAO. EL DAÑO: ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO EN DERECHO COLOMBIANO Y FRANCÉS. 36 (Editorial de la Universidad de Externado de Colombia, Primera Edición, 1998)

pero, la falla está en creer que solo con la causación de dicha lesión (sin importar las circunstancias), se produce un daño que debe ser resarcido. Y es que, el derecho de la responsabilidad civil se encarga de trasladar el daño de la cabeza de quien lo sufre a la cabeza de quien lo causa y, para que se produzca dicho traslado resulta imperante determinar que quien haya sufrido un daño no se encuentre en deber de soportarlo. Para lograr determinar aquello, el derecho enmarca en nuestro ordenamiento jurídico intereses y derechos lícitos de los cuales las personas pueden gozar y, es entonces cuando un hecho causado por una persona lesiona de cierta forma estos intereses y/o derechos, es entonces que podemos hablar de daño antijurídico.

En resumen, el daño, desde una perspectiva jurídica, es toda lesión o menoscabo que sufre una persona en sus intereses, bienes y/o derechos.

Es posible decir entonces, que el derecho de la responsabilidad civil funciona como un mecanismo reactivo. Esto se ve en la medida de que el daño se produce cuando una persona lesiona lo que el derecho tutela.<sup>25</sup> Así, cuando ocurre esta lesión, el derecho facilita mecanismos para trasladar el daño de cabeza.

Ahora que se conoce cuándo una persona ha sufrido un daño relevante para el derecho de la responsabilidad civil, es menester hacer la distinción de los tipos o clases de daños que son acto generador del deber de responder; estos son los daños patrimoniales y extrapatrimoniales.

---

<sup>25</sup> ADRIANO DE CUPIS. EI DAÑO. TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. 44 (Ediciones Olejnik, Luis M. Salazar y equipo, revisión de la traducción. Primera Edición, 2020).

Los **daños patrimoniales** son aquellos que la víctima sufre en su patrimonio, en sus bienes materiales y comprenden tanto el desembolso efectivo como la ganancia frustrada o dejada de obtener.

Por otro lado, los **daños extrapatrimoniales** son aquellos que afectan la psiquis de la persona, lo que incluye los sentimientos, la dignidad, estima social, es decir, los denominados derecho de la personalidad.<sup>26</sup>

Estos tipos de daños, a su vez, se dividen en especies o rubros que han sido creados por la doctrina para estudiar íntegramente el daño y poder indemnizarlo. Pero, por ahora, lo importante es entender cuándo estamos frente a un daño y que los mismos pueden afectar distintos ámbitos de la persona, por lo que el resto será algo que se detallará más adelante.

Ahora bien, desde un punto de vista práctico, daño en sentido jurídico es toda aminoración de derechos tutelados por el ordenamiento y, cuando sabemos que ha ocurrido un daño y debemos sumergimos en el proceso de deconstrucción del mismo, se deberá identificar el tipo de daño estudiando su objeto, y si este se encuentra dentro del patrimonio de la víctima o no. Aun así, independientemente del tipo de daño que exista, resulta primordial que el daño sea susceptible de ser indemnizado. Esto, porque como hemos visto, es función de la responsabilidad civil resarcir los daños injustamente sufridos, pero esto solo es posible cuando el daño reúne ciertas características que permiten al juzgador conocer la lesión sufrida por la víctima y

---

<sup>26</sup> RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ. LECCIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL. 89 (Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1978)

restablecer su situación. Así, la doctrina ha determinado ciertas características o requisitos que se debe buscar en un daño para determinar que el mismo es susceptible de ser reparado, lo cual veremos a continuación.

### **b. La distinción entre daño y perjuicio**

Generalmente, las nociones de daño y perjuicio son utilizadas como sinónimos en procesos de responsabilidad civil. A pesar de esto, existe un sector de la doctrina que se ha dedicado a estudiar la distinción conceptual que puede existir entre estas nociones y, al mismo tiempo, la utilidad que esta puede tener.

Si se hace la distinción conceptual, en palabras sencillas, el daño se asemeja al evento dañoso, a la lesión propia del interés tutelado por el derecho y, por otro lado, el perjuicio sería la condición subjetiva del evento, es decir, las consecuencias que se deriven del hecho dañoso para la víctima. En esa línea, lo que se indemnizan, entonces, son los perjuicios. Lo anterior ha sido manifestado por la doctrina de la siguiente forma:

“Sobre esto, el profesor B enoit establecía: “... el daño es un hecho: es toda afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad, o de una situación (...) el perjuicio lo constituye el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan del daño para la víctima del mismo. Mientras que el daño es

un hecho que se constata, el perjuicio es, al contrario, una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada”.<sup>27</sup>

Así, la doctrina distingue el hecho de la consecuencia, lo que genera perspectivas tanto objetivas como subjetivas para el estudio de la deconstrucción inversa del daño. Primero, podría decirse que el estudio de la aminoración de derechos, bienes o intereses es la parte objetiva y la que corresponde al estudio de hechos que pueden considerarse dañosos. Esto, porque los mismos son tutelados jurídicamente y de forma general para las personas. Es decir, objetivamente, las personas pueden gozar lícitamente de lo que el ordenamiento jurídico tutela y, es cuando surge una aminoración o detrimento de estos intereses que ocurre un hecho antijurídico, denominado daño.

En segundo lugar, es claro que esta lesión tiene consecuencias distintas para cada persona y son estas consecuencias las que dan lugar a la dimensión subjetiva. Y es que, cada hecho dañoso se extiende, produciendo consecuencias que pueden ser patrimoniales o morales, dependiendo del hecho, para las personas. Es subjetivo, porque no todas las víctimas se encuentran en las mismas condiciones y no todos los hechos dañosos se producen exactamente de la misma forma, por lo que es parte de la labor del jurista estudiar los diferentes perjuicios que sufre la víctima, a fin de pedir una indemnización adecuada.

---

<sup>27</sup> JUAN CARLOS HENAO. EL DAÑO: ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO EN DERECHO COLOMBIANO Y FRANCÉS. 76-77 (Editorial de la Universidad de Externado de Colombia, Primera Edición, 1998)

De igual forma, esta idea ha ido trascendiendo a nivel jurisprudencial en materia de responsabilidad civil, tal y como lo expresa el siguiente fallo emitido por la Sala Civil de Casación de la Corte Suprema de Justicia de Colombia:

“ 4.3.7.1. La distinción entre daño y perjuicio es relevante, por cuanto no siempre, en presencia de un daño, existen perjuicios. Las dos nociones no son sinónimas propiamente, sino complementarias.

Para la Corte, el daño es la «vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio».

El perjuicio, en cambio, es la consecuencia derivada del daño. Corresponde, en sentir de la Sala, al pago a la víctima del «perjuicio que el daño ocasionó». Requiere para su reparación que sea inequívoco, real y directo, no eventual o hipotético, «porque la culpa, por censurable que sea, no los produce de suyo». En otras palabras, debe ser «cierto y no puramente conjetural (...), no basta afirmarlo, puesto que es absolutamente imperativo que se acredite procesalmente

con los medios de convicción regular y oportunamente decretados y arrimados al plenario». ”<sup>28</sup>

En fin, podemos verlo como dimensiones objetivas y subjetivas, o como la diferenciación entre daño-evento y daño-consecuencia<sup>29</sup> pero, al final, la idea sigue siendo la misma: que la noción de daño se centra en la propia lesión del interés protegido, mientras que el perjuicio se visibiliza como la consecuencia personal que dicha lesión tiene para una determinada víctima en un determinado caso. Y lo que se indemnizan precisamente son los perjuicios. Dicha distinción resulta útil por las siguientes consideraciones:

- **De un hecho dañoso, se pueden generar distintos tipos de perjuicios.**

Cuando una persona sufre una lesión en un interés tutelado por el ordenamiento, se pueden generar consecuencias para su patrimonio (perjuicios patrimoniales), consecuencias morales (extrapatrimoniales) o ambas del mismo hecho. En esa línea, consideramos que al distinguir el daño (hecho) de los perjuicios (consecuencias personales) contribuimos a un estudio íntegro del daño, ya que permite que tanto el juzgador como el apoderado judicial, identifiquen con mayor certeza los perjuicios que sufre la víctima y pida una indemnización íntegra por ellos. A modo de ejemplo, podemos imaginarnos una situación en la que un conductor que se encontraba

---

<sup>28</sup> Sentencia de 18 de diciembre de 2020. Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, Sala de Casación Civil.

<sup>29</sup> ÉDGAR CORTÉS. RESPONSABILIDAD CIVIL Y DAÑOS A LA PERSONA. EL DAÑO A LA SALUD EN LA EXPERIENCIA ITALIANA, ¿UN MODELO PARA AMÉRICA LATINA? 25 (Universidad Externado de Colombia, 2009)

bajo los límites del alcohol choca con otro automóvil. Del choque, resultan distintas consecuencias; materiales, por un lado, porque el carro ha sufrido aminoraciones que deben ser reparadas (esto pueden ser piezas que deben ser cambiadas), morales, por las consecuencias que sufra la víctima psicológicamente e inclusive, podría darse otro perjuicio material si del daño resulta que la víctima deberá estar incapacitada, sin poder trabajar. En esa línea, el choque sería el daño y las consecuencias que provengan del mismo son los perjuicios. Y, sin esa distinción, la tarea de estudiar los “daños” que provengan del choque, se torna más complicada pues, hay dos tipos de “daños materiales”, pero con dimensión distinta, lo que podría prestarse a confusión al momento de indemnizar correctamente el daño.

- **No todos los perjuicios que la víctima sufre provienen necesariamente del mismo hecho dañoso.** Puede generarse el caso en que la víctima se sumerge en un proceso de responsabilidad civil alegando distintos tipos de perjuicios, pero, que no todos provengan del mismo hecho dañoso. Esto incide directamente con el nexo de causalidad que debe existir al momento de pedir indemnización. Para seguir con el mismo ejemplo, volvamos al caso de colisión entre automóviles, donde uno de los conductores estaba bajo el consumo de alcohol. Como es conocido, de un choque pueden resultar perjuicios materiales visibles en el funcionamiento del automóvil. Ahora bien, puede darse el caso en el que, antes del choque, el carro ya llevaba

consigo ciertos menoscabos en su funcionamiento. En este caso específico, tomará importancia la prueba del nexo causal entre el choque y los perjuicios materiales que sufra el carro *a consecuencia* del choque y por ello, no podrá la víctima pedir reparación por los perjuicios que haya sufrido el carro antes del hecho dañoso pues, ello sería caer en enriquecimiento injustificado. De lo anterior, se colige que no es viable indemnizar todos los perjuicios que tenga la víctima al momento de pedir la reclamación pues, de eso no se trata la Responsabilidad Civil, sino que, deben estudiarse e indemnizarse los perjuicios que provengan como consecuencia del hecho dañoso. Aquí, la distinción entre daño y perjuicio resulta primordial al evaluar las pretensiones indemnizatorias pues, la tarea de evaluar el hecho dañoso se extiende a la prueba del nexo causal de los perjuicios sufridos, lo que resulta más visible si se hace la distinción.

- **La distinción es beneficiosa para evaluar correctamente la pretensión indemnizatoria.** De las consideraciones anteriores, no resultará extraño pensar que distinguir entre daño y perjuicio ayuda a estudiar íntegramente el hecho dañoso y con ello, cumplir función reparatoria de la responsabilidad civil. Y es que, al momento de ejercitar una pretensión indemnizatoria, hay que tener en cuenta que el resarcimiento pretende equilibrar los intereses en la medida en la que han sido causados, es decir, restaurar el equilibrio que se ha perdido a consecuencia del daño, y pedir más de esto, constituiría

contrario y excesivo a la función reparatoria de la responsabilidad civil.<sup>30</sup> Así, el daño y su extensión, marcan el inicio y el límite de la carga que se traspaša entre la lesión y las consecuencias. Entonces, una distinción entre el daño y las consecuencias subjetivas permiten limitar de forma rigurosa la liquidación de perjuicios precisamente, porque se distinguen de forma plausible un mismo tipo de perjuicio de otro (cuando hay dos daños materiales con distinta dimensión) y extiende el nexo causal de forma rigurosa para determinar qué perjuicio provino del hecho dañoso.

Ahora bien, quienes no están de acuerdo con la distinción entre daño y perjuicio, consideran lo siguiente:

“Identificar el daño con la lesión de un interés no parece ser de recibo, pues identificar el daño con el evento comportaría problemas con la comprobación del nexo de causalidad y además haría imposible encontrar un daño en el concepto de *petitum doloris*; de ahí que resulte plausible diferenciar la noción de lesión de un interés, del concepto de daño, y dar así a este concepto, en sentido técnico, el significado de las consecuencias perjudiciales que se derivan de la lesión de un interés, lo que permite evitar, dentro de la definición que se involucren las nociones de patrimonialidad o no patrimonialidad, con todas las discusiones anejas que tales nociones comportan.

---

<sup>30</sup> ADRIANO DE CUPIS. EL DAÑO. TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. 488 (Ediciones Olejnik, Primera Edición, 2020)

Entendido el daño en este sentido, la distinción entre daño-evento y daño-consecuencia (o entre daño y perjuicio) pierde utilidad o mejor evita confusiones”.<sup>31</sup>

Contrario a lo manifestado por el sector de la doctrina que no considera viable la distinción entre daño y perjuicio, somos de la opinión que, en primer lugar, no hay tal problema de la comprobación del nexo causal. Esto, porque distinguir entre daño y perjuicio no es sinónimo de no comprobar el nexo causal, sino más bien, de hilar fino al momento de evaluar el vínculo entre lo sufrido por el reclamante de la indemnización y el hecho dañoso. Es decir, no es un tema de sustracción del nexo causal, sino de extensión del mismo a las consecuencias del hecho dañoso, a fin de poder proveer una reparación íntegra y no un enriquecimiento injustificado.

En segundo lugar, no creemos que sea del todo imposible encontrar un perjuicio extrapatrimonial (*petitum doloris*) si se hace la distinción. Esto, porque al final del día lo que se pediría en un proceso de responsabilidad civil sería, por ejemplo, una indemnización por perjuicios morales sufridos **a consecuencia** del hecho dañoso y lo anterior es algo que se debe comprobar. Por supuesto, no deja de ser cierto que es una tarea un tanto más difícil pero, esto es algo propio de los perjuicios morales y por ello, el juzgador y las partes deberán auxiliarse de expertos (peritos) puedan auxiliarlo en la tarea de distinguir si el hecho dañoso pudo haber generado perjuicios

---

<sup>31</sup> ÉDGAR CORTÉS. RESPONSABILIDAD CIVIL Y DAÑOS A LA PERSONA. EL DAÑO A LA SALUD EN LA EXPERIENCIA ITALIANA. ¿UN MODELO PARA AMÉRICA LATINA? 26-27 (Universidad Externado de Colombia, Primera edición, 2009)

morales para el reclamante (noción subjetiva del evento) y cómo estos podrían ser compensados en un proceso de responsabilidad civil.

En resumen, consideramos que la distinción entre daño y perjuicio optimiza el proceso de indemnización de perjuicios porque, favorece un estudio íntegro del hecho dañoso y obliga a hilar fino al momento de indemnizar el perjuicio que ha generado el daño para quien lo reclama. Ciertamente, este es un tema que volverá a salir al momento de entrar en materia sobre pérdida de oportunidad, pero consideramos importante dejar sentada la distinción desde ahora, a fin de que sea más fácil al lector entender los conceptos a posterioridad y cómo funcionarían para efectos de las consecuencias que genera la pérdida de oportunidad.

### **c. Requisitos del perjuicio indemnizable**

Los hechos dañosos constituyen situaciones que deben ser estudiadas a cabalidad por los juristas. Hasta ahora, hemos visto que este estudio inicia con la búsqueda de una lesión que tiene por objeto bienes tutelados jurídicamente, pero ello no debe quedarse ahí. Y es que, una vez se determina la antijuricidad del hecho, esto es, que el deber de no dañar a los demás ha sido infringido, el jurista debe entonces estudiar la lesión propiamente tal, deconstruirla y verificar si sus consecuencias cumplen con los requisitos necesarios para ser indemnizadas. Estos requisitos son los siguientes:

1. **Certeza del perjuicio:** cuando se dice que el perjuicio debe ser cierto, se hace referencia a que el mismo debe ser real y efectivo y no constituir meras

hipótesis o conjeturas. Esto indica que el hecho dañoso produce o producirá una lesión patrimonial o extrapatrimonial en la víctima y que, no se trata de una *posibilidad remota* que tenía la víctima de obtener un resultado.<sup>32</sup> La certeza, entonces, se asocia a la existencia del daño y su extensión, el cual es resultado de una acción u omisión realizada por una persona distinta de la que sufre el daño. Y es que, en un juicio de responsabilidad civil, es importante que el juez perciba que la víctima, en efecto, ha sufrido un cambio perjudicial en su status quo, cambios que constan en la aminoración de sus bienes, derechos o intereses legítimos. A su vez, es esta certeza la que permite que la indemnización sea legítima, sobre lo sufrido y evita que se produzca un enriquecimiento injustificado.

2. **Personalidad del perjuicio:** el carácter personal guarda relación con la idea de que quien reclame indemnización del perjuicio sea quien efectivamente esté sufriendo las consecuencias del hecho dañoso o, en su defecto, sus sucesores. Esta idea nace del principio de que nadie puede enriquecerse a costa ajena y por ello, tampoco se puede reclamar la indemnización de un daño por el cual no se ha sufrido.<sup>33</sup> Hay que tener en cuenta, de igual forma, que no necesariamente existirá solamente una persona que sufra las consecuencias del hecho dañoso sino que, pueden existir varias víctimas. Lo importante entonces será la comprobación del nexo causal.

---

<sup>32</sup> JAVIER TAMAYO JARAMILLO. TRATADO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. TOMO II. 340 (Editorial Legis, Segunda edición corregida y aumentada, 2007)

<sup>33</sup> *Id.* P. 425

3. **Subsistencia del perjuicio:** la idea de subsistencia hace referencia a que el mismo no haya sido reparado por el causante del hecho dañoso al momento de reclamar la reparación. Porque, el perjuicio resulta insubsistente si ha sido reparado por el responsable<sup>34</sup> y no habría lugar a reclamación judicial, simplemente, porque no habría qué reparar. La subsistencia significa que el daño constituya una situación prolongada de perjuicios para la víctima, perjuicios que ella misma ha debido sufragar, al menos, hasta el momento en que inicia un juicio de responsabilidad civil para trasladarlo de su cabeza a la del causante.

Los requisitos anteriormente mencionados resultan esenciales al momento de estudiar el motor de la responsabilidad civil. Esto, porque son los que limitan el desbordamiento de la indemnización y en su lugar hacen que tanto el jurista como el juzgador estudien íntegramente el daño y conviertan de este el límite de la responsabilidad; esto es posible cuando la reclamación es pedida por quien lo haya sufrido (requisito de personalidad), dicha reclamación recaer sobre algo existente (requisito de certeza) y que se ha prolongado, al menos, hasta el momento en que el juicio de responsabilidad inicia (requisito de subsistencia).

---

<sup>34</sup> EDUARDO ZANNONI, EL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL. 86 (Editorial Astrea, 3ª Edición actualizada y ampliada, 2005)

## II. ANTECEDENTES DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

Antes de dar a conocer nuestra definición de pérdida de oportunidad, consideramos pertinente hablar sobre cómo esta figura surge. Y es que, a pesar de que esta figura es de uso constante por juristas y cortes en todo el mundo, no existe una definición estricta ni criterios claros sobre lo que es y el uso que puede llegar a tener. Por ello, lo que haremos en esta sección será presentar un panorama sobre qué fue lo que trajo al mundo jurídico esta figura y cuáles son las distintas formas de verla según su uso en distintas jurisdicciones.

### A. Origen jurisprudencial

Somos de la opinión que toda figura del derecho nace en virtud de una necesidad fáctica jurídica que, debe ser suplida por las leyes o, en su defecto por la jurisprudencia. Y es que, como es conocido, el derecho es dinámico y no podemos pensar que todas las situaciones posibles de generar consecuencias jurídicas están cubiertas por el ordenamiento. Entonces, a veces los jueces y magistrados suplen una laguna a fin de equilibrar las situaciones que ameritan ser tomadas en cuenta.

Así, la pérdida de una oportunidad no nació de la idea de un legislador, sino por primera vez en un fallo de la *Chambre des requêtes* de 26 de mayo de 1932 en Francia, pero no es hasta un fallo de la *première Chambre civile* de 14 de diciembre

de 1965 que aparece una “pérdida de oportunidad de sanar”<sup>35</sup>, es decir, una situación relacionada con el objeto de estudio de esta investigación. Y esta figura surge, por la necesidad de remediar una situación que no había sido considerada por legisladores, esta siendo la idea de que una posibilidad frustrada puede generar la obligación de responder. Para esclarecer un poco el asunto, veamos como ejemplo un curioso fallo que nos traslada a la ciudad de Buenos Aires, Argentina:

“Se trataba del cliente habitual de un vendedor ambulante de lotería que, desde hacía muchos meses, le compraba a este el entero de un número de la lotería de la provincia de Buenos Aires. El vendedor ambulante adquiría ese número, además de otros, de la agencia autorizada por la administración de la lotería. Resultó que ese número, adquirido invariablemente por el cliente semana a semana, resultó sorteado con el premio mayor sin haber podido venderse en esa oportunidad debido a que por un error, imputable a la administración provincial de la lotería, el número fue remitido a otra agencia, lo que lo devolvió sin que existiese tiempo material para su venta. Fue así, que el billete fue incinerado y el cliente de aquel vendedor ambulante no pudo adquirir el número premiado.

Sobre esta base, el cliente demandó a la administración de la lotería, en los términos del art. 1112 del Cód. Civil reclamándole el pago del premio.

---

<sup>35</sup> FRANÇOIS CHABAS. CIEN AÑOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN FRANCIA. 74 (Van Dieren Editeur, Mauricio Tapia trad., 2003)

Sostenía el reclamante que la administración de la lotería debió desinsacular la bolilla que contenía el número premiado, por cuanto, al no haberse vendido este por irregularidades imputables a aquella, no era razonable que se lo hiciera participar en el sorteo. En particular, el voto del doctor Portas consideraba que el daño resultante constituyó una consecuencia mediata previsible del hecho ilícito, “pues resulta de la conexión de él (falta de recepción del número), con un hecho extraño (su desvinculación conjunta con el premio mayor) (art. 901, Cód. Civil)”.<sup>36</sup>

El fallo anterior descrito provee de herramientas para determinar la formación de la situación de la pérdida de una oportunidad. En primer lugar, nos muestra a quien se convertirá en nuestra víctima para efectos de la responsabilidad civil, es decir, una persona con posibilidades de obtener una ganancia lícita. La posibilidad es demostrable en la medida de que el cliente del vendedor ambulante adquiriría consecutivamente el mismo billete de lotería a la misma persona.

En segundo lugar, muestra una especie de negligencia por parte de la administración que interrumpe el curso causal normal de la compra-venta del billete. Lo anterior, en la medida en que un error de la administración en la distribución del billete trajo como resultado la incineración del mismo, en vez del seguir el patrón de venta bajo el cual se había caracterizado. Es negligencia, porque la administración debió haber

---

<sup>36</sup> EDUARDO ZANNONI, EL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL. 108-109 (Editorial Astrea, 3ª Edición actualizada y ampliada, 2005)

previsto que la irrupción del patrón en su funcionamiento traería como resultado consecuencias para los clientes de la lotería.

A pesar de la existencia de los elementos anteriores, la mayoría del tribunal juzgó que no le cabía responsabilidad a la administración, en virtud de que consideraron que el cliente tenía una posibilidad vaga y no real de obtener en el premio. Aun así, un sesudo voto de uno de los jueces, estimó que era inconcebible que la administración no hubiese previsto que, si por su negligencia se dejaban de vender decenas de billetes, el azar favorecería a esos billetes, privando como consecuencia de beneficios lícitos a los posibles adquirientes, más aún cuando cada agente vendedor tenía números específicos asignados.<sup>37</sup>

Aunque el fallo anterior no haya culminado en una condena por pérdida de oportunidad, creemos que el mismo resulta útil para evaluar cómo se configura esta situación y, por supuesto, la complejidad de determinar cómo tratar a esta figura. Si bien es cierto, en el fallo una acción negligente directamente atribuible a la administración trajo como resultado el cese de posibilidades de ganar la lotería, nunca se sabrá con un cien por ciento (100%) de certeza si el cliente hubiese comprado el mismo número y hubiese ganado la lotería.

Como podremos imaginarnos, la pérdida de una posibilidad de obtener una ganancia o inclusive, de evitar una pérdida, es una situación que podría replicarse de distintas formas. Existen casos como el del abogado que deja pasar los términos para interponer algún recurso, lo que trae como resultado el archivo del expediente y la

---

<sup>37</sup> Id. 109-110

pérdida de una oportunidad de evitar una pérdida u obtener una ganancia del litigio para su representado, casos de responsabilidad precontractual, en los que el propietario de un almacén incumple la promesa de venderlo y a causa del incumplimiento, el promitente comprador inicia una acción de indemnización bajo la premisa de la pérdida de oportunidad de obtener ganancias como consecuencia de las utilidades del almacén<sup>38</sup> y casos en donde los que la oportunidad que se pierde constituye un daño a la salud para la víctima, como aquel de un error de diagnóstico que priva a la misma de un tratamiento oportuno que pudiese mejorar su condición de salud. En todas las anteriores situaciones, el punto común es la pérdida de una posibilidad, no un beneficio materializado, pero ello no quiere decir que la sustracción de la misma no pueda materializarse en un perjuicio, más aún, cuando entra en juego la negligencia de una persona o de un profesional. Y es que, cuando se genera un hecho dañoso y este es cometido por la culpa de alguien, sí se sopesan el interés del infortunio que lo sufre en contraste con aquel del hombre culpable, imprudente o negligente que lo causó, se eleva una vía de la justicia que establece que el daño debe ser reparado por su autor.<sup>39</sup> En esa línea, aunque resulte complejo determinar la existencia de una posibilidad real perdida, creemos que esto no debe ser óbice para reparar un perjuicio injustamente causado. Ya que, de lo contrario, se estaría dejando a la negligencia impune.

---

<sup>38</sup> JAVIER TAMAYO JARAMILLO. TRATADO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. TOMO II. 379 (Editorial Legis, Segunda edición corregida y aumentada, 2007)

<sup>39</sup> GENEVIÈVE VINEY. TRATADO DE DERECHO CIVIL. INTRODUCCIÓN A LA RESPONSABILIDAD 20 (Universidad Externado de Colombia, Fernando Montoya Mateus trad., 2007)

La pérdida de una oportunidad ha considerado jurisprudencialmente la existencia de perjuicios para quien ha obrado negligentemente. Y, en esa vía, consideramos que esta figura se encuentra en el límite entre dejar la negligencia impune y trasladar el perjuicio de cabeza por situaciones hipotéticas. Por ello, será clave entender la figura a fin ejercitarla en la medida en que la misma constituya un perjuicio cierto, personal, y subsistente atribuible a la negligencia de otro.

A pesar de esto, es claro que el némesis de la pérdida de oportunidad, se encuentra en el criterio de certeza del perjuicio y del nexo causal. Y son precisamente estos problemas que han llevado a que distintas jurisdicciones mantengan criterios diametralmente distintos sobre una misma teoría.

### **B. El problema de la calificación jurídica**

Es común en la vida cotidiana encontrarse ante situaciones en donde, si se sigue el curso normal de las cosas, estaremos en posibilidad de obtener un perjuicio o evitar una pérdida. El problema jurídico inicia cuando una persona irrumpe de forma culposa el curso causal, y se genera como consecuencia la pérdida de dicha posibilidad.

La pregunta jurídica que surge de esta situación es la siguiente: ¿Puede la frustración de dicha posibilidad considerarse un perjuicio susceptible de ser indemnizado? Para responder esta pregunta, hay que tomar en cuenta los principales elementos de responsabilidad civil, a fin de determinar qué carácter podría tener esta frustración,

luego, evaluar los medios de prueba que podrían vincular esta aminoración con el hecho dañoso y, por último, habrá que hilar fino al momento de determinar si la misma puede ser indemnizada y, de ser así, cómo fijar el quantum indemnizatorio.

Porque el problema de la calificación jurídica parte con la determinación, en primer lugar, de qué es esta figura (es un perjuicio, un criterio para aligerar el nexo causal, un nuevo daño autónomo ¿?) y en base a esta respuesta, encontrar los medios de prueba idóneos que permitan verificar la causación del hecho dañoso e indemnizar el perjuicio.

Así, muchos juristas y cortes se han sumergido en esta pregunta, a fin de suplir la necesidad fáctica jurídica de resarcir la frustración de una posibilidad. El surgimiento de esta pregunta ha traído como consecuencia los siguientes criterios como forma de definir y tratar la pérdida de oportunidad:

### *1. La pérdida de oportunidad como un criterio de imputación probabilística*

Antes de empezar a explicar sobre este modo de ver la pérdida de una oportunidad, hay que tener claro a qué se refiere el mismo. Como hemos expresado anteriormente, la imputación forma parte del proceso de búsqueda del autor del hecho dañoso, específicamente, el vínculo fáctico y subsumición de ese hecho en una consecuencia jurídica atribuible. En esa línea, podemos decir que quienes manifiestan que la pérdida de oportunidad es un criterio de imputación probabilística, establecen que esta teoría es un medio para encontrar el autor del daño.

Lo anterior ha sido reiterado por la doctrina y jurisprudencia de la siguiente forma:

“La teoría de la pérdida de una oportunidad (*perte de chance*), ubicada en el ámbito de la causalidad material o física, constituye un remedio ante la incertidumbre causal. Es, por consiguiente, un régimen especial de imputación probabilística que permite la reparación parcial de un daño eventual en aquellos supuestos en que las probabilidades de causalidad, sin ser despreciables o ilusorias (oportunidades genéricas) ni muy altas o cualificadas (oportunidades perfectas o superespecíficas), son insuficientes a los efectos de tener por cierto el dato causal.

Esta doctrina, de origen judicial, goza de gran predicamento en la actualidad, especialmente en la responsabilidad civil de los médicos abogados y procuradores”.<sup>40</sup>

En esa vía, quienes consideran lo anterior estiman que la pérdida de oportunidad orbita en la esfera de la causalidad. Creemos que lo anterior es a causa del requisito de certeza del perjuicio como némesis de la pérdida de oportunidad. Y es que, bajo esta figura se visibiliza una situación hipotética y una cierta. La hipotética, es aquella en la que pensamos ¿Qué hubiese pasado si la administración hubiese distribuido de forma correcta el billete de lotería? ¿El cliente hubiese comprado el billete y ganado la lotería? Por otro lado, la situación cierta es que el billete de lotería fue incinerado y el cliente no tuvo la chance, siquiera, de comprarlo. Entonces, los juristas que

---

<sup>40</sup> JULIO CESAR GALÁN CORTÉS. RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA 652 (Editorial Arazandi, S.A.U., Séptima Edición, 2020)

consideran a la pérdida de oportunidad como criterio de imputación probabilística, se centran en la idea hipotética y piensan que ante la incertidumbre de qué hubiese pasado, hay que aligerar la prueba del nexo causal a fin de condenar a la administración y en consecuencia, otorgar resarcimiento. Es decir, utilizan la incertidumbre para encontrar el autor del hecho dañoso, más que entrar en la verificación de si la actuación negligente de la administración guarda suficiente relación con la aminoración del cliente. Y, al final, debemos tener en cuenta que la pérdida de chance no debe ser una excusa para no probar el nexo causal, y por ello, decir que esta figura orbita en la esfera de causalidad es ir en contra de los principios básicos de la responsabilidad civil.

La teoría de la pérdida de oportunidad como criterio de imputación probabilística ha tomado mayor fuerza en el campo de la responsabilidad médica. Y es que, hay autores, como Savatier, que rechazan esta teoría para el campo de la responsabilidad médica estableciendo que los jueces utilizan este procedimiento cuando no están seguros del vínculo causal entre la muerte o las lesiones y la culpa del médico.<sup>41</sup>

Sin perjuicio de que el caso específico de la responsabilidad médica sea detallado más adelante, somos de la opinión que la pérdida de oportunidad (o pérdida de chance) no opera en la esfera de causalidad. Y es que, quienes aprueban este medio confunden un problema de causalidad con una cuestión relativa a la naturaleza y a la

---

<sup>41</sup> FRANÇOIS CHABAS. LA PÉRDIDA DE UNA OPORTUNIDAD ("CHANCE") EN EL DERECHO FRANCÉS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. 33 Revista de Responsabilidad Civil y del Estado 16, 29 (2013) (La pérdida de una oportunidad y la incertidumbre sobre el vínculo causal).

evaluación del perjuicio.<sup>42</sup> Porque en realidad, el perjuicio indemnizable no es la muerte (en el caso de la responsabilidad médica), no es la totalidad del premio para el caballo que no logró competir en la carrera, ni mucho menos la totalidad de la condena para el representado del abogado que dejó pasar los términos ante una sentencia de primera instancia; el perjuicio, en cambio, es la chance que tenía la víctima de recuperarse de su enfermedad, la oportunidad del caballo de competir en la carrera y la oportunidad procesal que conlleva que se surta alzada en un proceso. Lo anterior, por supuesto, trae como consecuencia que la indemnización sea parcial en función de la chance perdida, pero no dejará de ser cierto que las víctimas han sufrido la pérdida de una posibilidad idónea de obtener un perjuicio o evitar una pérdida ante la negligencia del causante del hecho dañoso. Entonces, la búsqueda de una correcta indemnización por la pérdida de una oportunidad debe hacerse de conformidad con todo lo que conlleva un juicio de responsabilidad civil, es decir, se estudia el perjuicio sufrido (la chance frustrada), las circunstancias en las que se dio, pasando por el proceso de imputación fáctica y jurídica a fin de *probar el vínculo causal existente entre la pérdida de la posibilidad frustrada y la culpa del agente*.

Y es que, la pérdida de oportunidad no es un método de imputación porque el proceso de imputación es distinto al de evaluación del perjuicio y juntar ambos es ir en contra de los principios de la responsabilidad civil. Y es que, la utilización de la pérdida de chance como método para encontrar el autor del daño conlleva dotar a la

---

<sup>42</sup> CHRISTIAN LARROUMET. TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO. 86 (Editorial Temis, Vol. II, Jorge Guerrero R. trad., 1999)

figura de una facultad que no tiene, puesto que su estudio solo permite llegar a la conclusión de qué tipo de daño se causó y cuáles son las consecuencias por indemnizar,<sup>43</sup> lo que conlleva a la afirmación de que esta teoría no puede ser utilizada como una varita mágica que permita eludir el carácter cierto del vínculo causal entre la culpa y el perjuicio.<sup>44</sup>

Por ello, la pérdida de oportunidad no puede utilizarse para encontrar el autor del año pues, el proceso de imputación debe hacerse y culminar en una condena de hallarse viable, o en una absolución de no ser encontrado, tal y como cualquier proceso de responsabilidad civil.

## ***2. La pérdida de oportunidad como un supuesto de daño autónomo***

En la búsqueda de encontrar el criterio adecuado para tratar la pérdida de una oportunidad, ha asomado a la vista el que establece que la esperanza de conseguir un resultado que fue frustrado con ocasión de la conducta de un tercero, debe ser considerado como un afrenta en su patrimonio, que a su vez puede generar perjuicios que deberán ser reparados.<sup>45</sup> Lo anterior, en la medida en que privar de esa esperanza al sujeto, conlleva un daño, aun cuando puede ser dificultoso estimar su medida,

---

<sup>43</sup> LUIS FELIPE GIRALDO GÓMEZ. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL. SU APLICACIÓN EN EL CAMPO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. 223 (Universidad Externado de Colombia, 2ª ed., 2018)

<sup>44</sup> AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI. REPARACIÓN DE LA “CHANCE” DE CURACIÓN Y RELACIÓN DE CAUSALIDAD ADECUADA. Revista de Derecho de Daños 221, 234 (2003) (Noción de pérdida de oportunidad de la autora francesa Annick Dorsner Dolivet)

<sup>45</sup> Supra 43, p. 41

porque lo perdido en realidad es la chance, y no el beneficio esperado como tal.<sup>46</sup> Esta noción engloba el criterio de que la pérdida de oportunidad opera en el ámbito del daño y produce perjuicios indemnizables.

Esta es una noción que ha trascendido a los tribunales de justicia, de entre los cuales resaltamos el Consejo de Estado Colombiano, que en un fallo dispuso:

“La pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta, este que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio —material o inmaterial— para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración

---

<sup>46</sup> EDUARDO ZANNONI, EL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL. 107 (Editorial Astrea, 3ª Edición actualizada y ampliada, 2005)

de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento. (...): ~o~

**La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que este no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del “chance” en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto, frente a lo cual resulta lógico que dicha oportunidad perdida “tiene un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego, sino que ha de ser, necesariamente, inferior a él”, para su determinación (...).** En consecuencia, tratándose de eventos

en los cuales se accede a la reparación de la pérdida de un chance, lo indicado no puede ser el reconocimiento, en favor de la víctima, del valor total de la ventaja de la cual fue privado o del deterioro patrimonial que no pudo evitar a raíz del hecho del demandado, sino tener en cuenta que la oportunidad desaparecida tenía un valor y que es este el que debe ser restablecido; ese valor, según antes se indicó, ha de resultar indiscutiblemente inferior a aquel que hubiere correspondido en caso de haberse demostrado el vínculo causal entre la pérdida del beneficio esperado por la víctima y el hecho de aquel a

quien se imputa la correspondiente responsabilidad resarcitoria; es más, como también precedentemente se indicó, el monto de la indemnización por la pérdida de la oportunidad habrá de establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente anhelaba el afectado, en función de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino.(...)”<sup>47</sup> (El subrayado es nuestro)

En esa vía, bajo este criterio se estima que la pérdida de oportunidad es un supuesto de daño cierto, en la medida en que la frustración de la esperanza constituya una lesión en un interés jurídico tutelado por el derecho. En esa línea, lo que debe valorarse al momento de establecer si se ha producido o no un hecho dañoso, es el grado de probabilidad que se tenía de obtener un beneficio o evitar una pérdida puesto que el requisito de certeza del perjuicio solo puede cumplirse en la medida en que la chance frustrada haya sido cierta y no una “pseudochance”. Esto, porque la pérdida de chance es un daño cierto en grado de probabilidad y al final, lo que termina indemnizándose será la probabilidad que ha sido frustrada.<sup>48</sup>

Ahora bien, creemos que, para un correcto entendimiento de la pérdida de oportunidad, resulta primordial hacer una diferenciación entre el daño y el perjuicio. Y es que, como hemos expuesto anteriormente, en materia de responsabilidad civil lo

---

<sup>47</sup>Sentencia del 11 de agosto de 2010. Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

<sup>48</sup> MARCELO LÓPEZ MESA. LA RESPONSABILIDAD CIVIL. SUS PRESUPUESTOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL 264 (Editorial IBdeF, 2019)

que se indemnizan son los perjuicios y esto es algo primordial a tener en cuenta cuando se esté evaluando la indemnización de la chance frustrada. De igual forma, visto desde un punto de vista meramente lógico y cronológico, la pérdida de chance no nace sola, sino a consecuencia de un hecho que como consecuencia da lugar a ella. Es decir, el caballo no podrá competir en la carrera (chance) *porque hubo una colisión (hecho dañoso)*, el demandado en un proceso perdió la oportunidad procesal de practicar pruebas en segunda instancia (chance) *porque a su apoderado se le vencieron los términos (hecho dañoso)* y el paciente perdió la oportunidad de mejorarse de su enfermedad (chance) *porque el diagnóstico del galeno fue tardío (hecho dañoso)*.<sup>49</sup> En esa línea, somos de la opinión que, para un adecuado tratamiento de la pérdida de chance, el perjuicio debe distinguirse del daño. Con ello, las oportunidades frustradas que han sido debidamente acreditadas se resarcirán, no con la totalidad del premio que hubiese ganado el caballo, pero sí de una forma proporcional al perjuicio sufrido y que no irrumpa con el principio de certeza del daño.

Por lo anterior, si bien consideramos acertado visibilizar la pérdida de oportunidad en la órbita del hecho dañoso, creemos que la naturaleza del mismo va hilada a un tipo de perjuicio, puesto que se produce a consecuencia de la irrupción del status quo dotada de negligencia de un tercero y al final, lo que resarce será la propia chance frustrada. Y es así como procederemos a dar una definición propia.

---

<sup>49</sup> Supra 43, p. 135.

### **C. Definición de pérdida de oportunidad o pérdida de chance**

La pérdida de oportunidad o pérdida de chance es un perjuicio que tiene por objeto la frustración de la posibilidad de obtener un beneficio económico o evitar una pérdida y que se produce a consecuencia de la culpa de un agente.

En esa vía, la chance constituye la posibilidad que se tenía de conseguir algo,<sup>50</sup> pero esta posibilidad debe ser cualificada. Es decir, la posibilidad no debe estar fundamentada en meras conjeturas, sino que debe haber constituido un futuro probable que ya no podrá lograrse. Lo que se indemniza será la chance, es decir, lo que en realidad se ha perdido y frustrado y no el beneficio que se esperaba lograr como tal<sup>51</sup>. Por lo anterior, la indemnización nunca podrá llegar al 100% y es lógico porque, nunca se sabrá realmente qué hubiese pasado de no mediar el hecho dañoso. Se trata entonces de un perjuicio particular, de una extensión del hecho dañoso, que se caracteriza por la presencia del álea (incertidumbre) y no puede haberse dado a consecuencia de una decisión libre de una persona<sup>52</sup> ya que, la misma trata de la irrupción del curso normal de las cosas.

Las causas que dan lugar a la pérdida de una oportunidad pueden variar infinitamente pero, lo importante será, encontrar en ella los elementos comunes a la responsabilidad civil, adecuando estos a la situación particular que constituye la pérdida de una chance de obtener un beneficio o evitar una pérdida.

---

<sup>50</sup> Diccionario de la Real Academia Española.

<sup>51</sup> FELIX ALBERTO TRIGO REPRESAS. PÉRDIDA DE CHANCE. 28-29 (Editorial Astrea, 2008)

<sup>52</sup> FRANÇOIS CHABAS. CIEN AÑOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN FRANCIA. 75 (Van Dieren Editeur, Mauricio Tapia trad., 2003)

## **CAPÍTULO II: EL ESTUDIO DE LA PÉRDIDA DE CHANCE COMO UN PERJUICIO INDEMNIZABLE**

Una vez establecido que la pérdida de oportunidad constituye un perjuicio susceptible de ser indemnizado, siempre y cuando concurren los elementos necesarios de la Responsabilidad Civil, es posible pasar al estudio específico de esta figura. En primer lugar, será importante dejar claro las dimensiones de la pérdida de oportunidad (si es positiva o negativa), luego, pasaremos a revisar las particularidades que toda situación de pérdida de oportunidad debe tener para que sea un perjuicio indemnizable y, por último, diferenciamos esta figura de otros tipos de perjuicios, a fin de evitar la confusión o aplicación indiscriminada que sistemáticamente se ha perpetuado en el mundo jurídico.

### **I. CONTENIDO DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD**

La noción central de la definición que hemos adoptado de pérdida de chance constituye la idea de que la frustración de una probabilidad calificada de lograr algo puede convertirse en un perjuicio susceptible de ser indemnizado. Como no será sorpresa, esta probabilidad calificada puede surtir en situaciones infinitas, por lo que resulta necesario limitar los tipos de probabilidades calificadas, a fin de poder estudiarlas de forma efectiva desde un punto de vista jurídico. En esa línea, a través

de reiterada doctrina y jurisprudencia se ha establecido que la pérdida de oportunidad orbita en dos sentidos; uno positivo y otro negativo.

### **A. El lado positivo o “chance de gain”**

El lado positivo de la pérdida de una oportunidad o “*chance de gain*”, tiene lugar en las situaciones en las que una persona ve mermada la probabilidad cualificada de obtener un beneficio o una ventaja. En este caso específico, la víctima de la chance frustrada debe haber iniciado un proceso para obtener algo pero, el curso causal de las cosas se interrumpió por acto de un tercero, de tal forma que el resultado esperado se ha perdido de forma irreversible.<sup>53</sup> Este resultado esperado puede variar, es decir, puede tratarse de beneficios económicos/patrimoniales en donde a un comerciante se le ha frustrado la posibilidad de generar ingresos propios de la prórroga de un contrato de arrendamiento, o el reiterado ejemplo del caballo que pierde la posibilidad de competir en la carrera por culpa del transportista, o inclusive, del abogado que no presenta la postura en un remate judicial para hacerse con un inmueble, aun cuando ello había sido ordenado por su cliente.

Lo importante y lo común, de esta noción, es entender, en primer lugar, que la frustración recae sobre una posibilidad de generar un beneficio y en segundo, que si bien nunca se sabrá en un cien por ciento (100%) de probabilidad si el caballo

---

<sup>53</sup> LUIS FELIPE GIRALDO GÓMEZ. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL. SU APLICACIÓN EN EL CAMPO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. 47 (Universidad Externado de Colombia, 2ª ed., 2018)

hubiese competido y ganado la carrera, no deja de ser cierto ni mucho menos impensable para el derecho el hecho de que quien posee la posibilidad de obtener un beneficio se encuentra en una situación más óptima que quien carece de ella.<sup>54</sup>

### **B. El lado negativo o “chance d’éviter une perte”**

El lado negativo o “chance d’éviter une perte” trata la situación en la que una persona se encuentra sumergida en un curso causal que podría llevarle a sufrir un perjuicio pero, tiene la esperanza de evitar el mismo y no puede lograr aquello por la omisión o la intervención defectuosa del agente.<sup>55</sup> Entonces, se produce un hecho dañoso que tiene como consecuencia la pérdida de dicha posibilidad.

En este caso, el álea viene incerto en la probabilidad de evitar un detrimento. Y es importante el tema del álea, en la medida en que la víctima se encuentra en posición de evitar una situación desfavorable que ya ha iniciado y es la idea de la interrupción, dotada de una omisión o acción negligente, la que hace viable que se estudie la frustración de la chance como susceptible de ser indemnizada. Por supuesto y como toda situación de pérdida de oportunidad, la indemnización no será de un cien por ciento (100%) pero, podrá ser viable calculando las probabilidades que tenía la víctima de evitar el perjuicio. Este lado negativo es el que mayoritariamente estaremos estudiando en este proyecto, puesto que los ejemplos que surgen del

---

<sup>54</sup> JAVIER TAMAYO JARAMILLO, TRATADO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. TOMO II. 359 (Editorial Legis, Segunda edición corregida y aumentada, 2007)

<sup>55</sup> Sentencia del 5 de abril de 2017. Consejo de Estado Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

mismo constituyen situaciones tales como la del paciente que es tardía y/o erróneamente diagnosticado de su enfermedad y a consecuencia de ello no puede tratarse a tiempo o aquel del cirujano que opera defectuosamente a un paralítico que tenía oportunidades de recuperar la movilidad de su brazo y hace que la enfermedad se vuelva irreversible.<sup>56</sup> Si bien el estudio de esta dimensión trae consigo que se tenga que hilar fino al momento de encontrar el nexo causal entre la pérdida de la posibilidad y la negligencia, el perjuicio resultante del hecho dañoso es real y se visibiliza en el patrimonio de la víctima. Por ello, es importante, como en todo proceso de responsabilidad civil, estudiar íntegramente el hecho dañoso hasta el perjuicio y no dejar que la negligencia quede impune, por más compleja que suene la tarea.

## **II. ELEMENTOS NECESARIOS PARA QUE SE CONFIGURE EL PERJUICIO POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD**

Como todo rubro indemnizatorio en la responsabilidad civil, la pérdida de chance trae consigo características esenciales que deben ser tomadas en cuenta al evaluar la extensión del hecho dañoso. Así, de encontrar en esta extensión cada uno de estos elementos, sabremos que nos encontramos ante un perjuicio susceptible de ser indemnizado. Estos elementos son: A. La incertidumbre del resultado esperado; B. Certidumbre en la chance frustrada; C. Irreversibilidad de la chance frustrada; D. La

---

<sup>56</sup> FRANÇOIS CHABAS. LA PÉRDIDA DE UNA OPORTUNIDAD ("CHANCE") EN EL DERECHO FRANCÉS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. 33 Revista de Responsabilidad Civil y del Estado 16, 23 (2013) (El álea como característica de la pérdida de oportunidad).

existencia de una relación causal entre el autor de la conducta y la pérdida de oportunidad. A continuación, expondremos sobre cada uno.

### **A. Incertidumbre del resultado esperado**

El elemento de incertidumbre de la pérdida de chance puede extraerse, en principio, de su propio nombre. En ese sentido, la palabra *chance* hace referencia a la oportunidad o posibilidad de conseguir algo.<sup>57</sup> Esto quiere decir que lo que existe para quien en su patrimonio tiene una chance, no es la certeza de que aquello que anhela se convertirá en realidad sino más bien, la esperanza de que el hecho futuro esperado puede convertirse en cierto. Es decir, aún con el curso causal iniciado, no se sabe si aquel resultado se iba a concretar, porque depende de un hecho aleatorio, ajeno a su voluntad.

Cabe recalcar entonces, que resulta indiferente si el contenido de la chance era de obtener un beneficio económico o evitar un perjuicio, sino que resulta imperante que, para que se constituya el perjuicio de pérdida de oportunidad exista el elemento de incertidumbre en el sentido de que, aún sin la interrupción del curso causal por la acción reprochable de un tercero, no sabríamos con un cien por ciento de probabilidad (100%), si la chance se hubiese concretado.<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> Definición de chance según el Diccionario de la Real Academia Española.

<sup>58</sup> LUIS FELIPE GIRALDO GÓMEZ. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL. SU APLICACIÓN EN EL CAMPO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. 84 (Universidad Externado de Colombia, 2ª ed., 2018)

Este es el primer elemento a estudiar cuando hablamos de pérdida de oportunidad. Así, de faltar el álea dentro de una situación, no valdría la pena seguir con el resto de los elementos porque lo que se pierde y lo que posteriormente se indemniza es la chance, que tiene un precio por sí misma aunque este sea necesariamente inferior al importe total de lo que estaba en juego.<sup>59</sup> Entonces, en todas las situaciones susceptibles de ser indemnizadas bajo el perjuicio de la pérdida de una oportunidad, debe existir incertidumbre respecto si a la persona se hubiese o no recuperado de su enfermedad, aún con la diligencia del profesional, o en el clásico ejemplo del caballo que no llegó a la carrera, existía el álea de que, aún si llegaba a tiempo, no había certeza de si este hubiese ganado la misma. Porque lo que se pierde es la probabilidad y por ello, debe existir cierta incertidumbre respecto a la materialización del resultado final.

### **B. Certidumbre en la chance frustrada**

Una vez verificada que la situación de concreción de la probabilidad trae consigo un álea, es posible pasar al estudio de la probabilidad en sí. Para ello, y a guisa de evitar las reparaciones ilusorias por lo que serían “pseudochances”, surge el elemento de certidumbre en la chance frustrada. Este constituye la noción de que la persona se encontraba en una situación potencialmente apta para obtener el resultado, ya sea de obtener el beneficio o evitar la pérdida. Esto quiere decir que cada situación debe ser

---

<sup>59</sup> FÉLIX A. TRIGO. LA PÉRDIDA DE CHANCE EN EL DERECHO DE DAÑOS. DE LA CERTIDUMBRE DE UN PERJUICIO A LA MERA POSIBILIDAD O PROBABILIDAD. LA NOCIÓN. Revista de Derecho de 53, 62 (2008) (La valoración del daño y el contenido de la reparación).

estudiada teniendo en cuenta sus condiciones particulares, a fin de comprobar que el afectado tenía en su patrimonio una chance apta e idónea para conseguir el resultado al momento en que ocurre el hecho dañoso.<sup>60</sup>

Contrario sensu, si la chance frustrada constituía una situación de improbable realización, entonces el perjuicio será incierto y la chance no debe ser indemnizada.

Este elemento permite excluir el abuso de esta figura, en el sentido de que no se reparen las esperanzas puramente eventuales<sup>61</sup>, sino solo aquellas ciertas al momento de la irrupción del curso causal.

Entonces, si nos encontramos frente a una situación en la que una persona perdió la oportunidad de recuperarse de una enfermedad a causa del error de diagnóstico del galeno, deberá estudiarse si la persona tenía probabilidades de mejorarse y, si nos encontramos ante un caballo que no logró competir en la carrera por culpa del transportista, deberá comprobarse, al menos, que el caballo estaba entrenado para correr. Lo anterior, a fin de demostrar la certidumbre en la chance frustrada.

### **C. Irreversibilidad de la chance frustrada**

Una vez aprobado el juicio de la incertidumbre del resultado, pero certidumbre en la probabilidad, corresponde analizar si la oportunidad que se ha perdido constituye una

---

<sup>60</sup> JUAN MANUEL PRÉVÔT y RUBÉN ALBERTO CHAIA. PÉRDIDA DE CHANCE DE CURACIÓN. 49 (Editorial Astrea, 2007)

<sup>61</sup> GÉNEVIVE VINEY y PATRICE JORDAIN. LES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITÉ. 101-102 (L.G.D.J., 3ª Edición, 2006)

situación irreversible. Este elemento consiste en la evaluación de si la chance frustrada de conseguir un beneficio o evitar una pérdida es definitiva. Así, si la persona aún después de haberse producido el hecho dañoso tiene la posibilidad de obtener el beneficio anhelado o evitar el perjuicio, entonces no estaremos hablando de pérdida de chance pues, esta aún sigue en su patrimonio.

Esta exigencia se produce como parte del requisito de certeza del perjuicio porque, si la existencia del mismo dependiera aún de hechos futuros, entonces estaríamos frente a un perjuicio eventual e hipotético<sup>62</sup>, y su resarcimiento iría en contra de los presupuestos de la responsabilidad civil y a favor del enriquecimiento injustificado. De igual forma, consideramos que este elemento es la materialización del requisito de subsistencia del perjuicio en la pérdida de chance puesto que, el perjuicio solo puede trasladarse de cabeza si subsiste al momento en que inicia el proceso de responsabilidad civil y, en la pérdida de chance, esto solo es posible si la chance ha desaparecido del patrimonio de la víctima de forma irreversible. Entonces, además de estudiar si la persona tenía probabilidades de recuperarse de su enfermedad, habrá que ver si la negligencia del galeno ha provocado el cese de la oportunidad y que estas, no puedan volver a aparecer.

#### **D. Existencia de una relación de causalidad entre el autor de la conducta y la pérdida de oportunidad**

---

<sup>62</sup> JUAN CARLOS HENAO. EL DAÑO: ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO EN DERECHO COLOMBIANO Y FRANCÉS. 159-160 (Editorial de la Universidad de Externado de Colombia, Primera Edición, 1998)

Una vez el elemento más importante de la responsabilidad ha sido evaluado hasta su extensión, corresponde verificar si existe una relación causal adecuada. Y es que, la pérdida de oportunidad no es una excusa para no probar el nexo causal. Por el contrario, es necesario que se compruebe la existencia de una relación de causalidad entre la pérdida de la oportunidad y la culpa de la gente. Lo anterior, tomando en cuenta que el perjuicio no es el resultado esperado, sino las probabilidades o chances que se tenían de lograr ese resultado.<sup>63</sup>

Para lograr lo anterior, es menester alejarse de las teorías de incertidumbre causal, que evocan criterios bajo los cuales es pertinente utilizar la teoría de la pérdida de chance cuando no se logra determinar la relación causal adecuada entre la acción u omisión y el perjuicio. Ante esto, vale tener en cuenta que, una cosa es no saber la causa del daño (falta de nexo causal) y otra, muy distinta, es que exista una relación de causalidad entre un hecho dañoso y la pérdida de una probabilidad cualificada de obtener un beneficio o evitar una pérdida. La primera no es resarcible, pero la segunda si y lo que no se puede es utilizar sistemáticamente la teoría y sacarla de órbita, a fin de indemnizar situaciones que no van conforme a los presupuestos de la responsabilidad civil. Así, bajo este parámetro, en todo perjuicio susceptible de ser indemnizado deberá comprobarse el nexo causal entre la chance frustrada y la culpa de quien generó dicha pérdida.

---

<sup>63</sup> FRANÇOIS CHABAS. LA PÉRDIDA DE UNA OPORTUNIDAD ("CHANCE") EN EL DERECHO FRANCÉS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. 33 Revista de Responsabilidad Civil y del Estado 16, 18 (2013) (El áleas como característica de la pérdida de oportunidad).

Entonces, si un error de diagnóstico es consecuente de que el paciente pierda la oportunidad de recuperarse de su enfermedad y muera, el perjuicio no será la muerte, sino la pérdida de posibilidades que tenía el paciente de evitarla, y el nexo que debe ser probado es la configuración de la culpa del galeno y la pérdida de las posibilidades. Por otro lado, el perjuicio generado para el caballo que no llegó a competir en la carrera por culpa del transportista no es la totalidad del primer premio de la competencia, sino la posibilidad que tenía el caballo de ganar el mismo y lo que se deberá probar es la culpa del transportista y que esta tuvo como consecuencia que el caballo no pudiera llegar a competir en la carrera. Y es solo luego de comprobada la existencia de incertidumbre en el perjuicio, certidumbre en la probabilidad frustrada que no se repetirá y la existencia de una relación adecuada de causalidad entre la chance y la culpa, que podrá decir que frente a nosotros se encuentra una situación de pérdida de oportunidad.

### **III. LO QUE ES Y LO QUE NO ES LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD**

La pérdida de oportunidad es una teoría cuya aplicación debe ser dotada de precisión para un uso adecuado de la figura. Esta precisión, no solo debe versar sobre el estudio de las particularidades que trae consigo con la pérdida de oportunidad, sino también encontrarse conforme con los presupuestos de la responsabilidad civil. Así, cuando estas precisiones no se cumplen, la figura empieza a confundirse del resto de los perjuicios indemnizables del Derecho de Daños, lo que trae como resultado que se

otorguen indemnización del 100% en casos de pérdida de oportunidad y con ello, un uso indiscriminado de la figura. A continuación, haremos una breve distinción de esta figura del lucro cesante, el perjuicio emergente y perjuicio moral, a fin clarificar los puntos diferenciadores entre esta figura y el resto de los perjuicios indemnizables.

### **A. Lucro cesante Vs. Pérdida de oportunidad**

El lucro cesante está constituido como la pérdida o frustración de una ganancia, utilidad, ventaja o provecho que se esperaba lograr. Bajo este supuesto, se otorga indemnización por la ganancia que la víctima dejó de obtener, para lo cual debe hacerse un cálculo sobre lo que factible y previsiblemente hubiese ocurrido de no mediar el hecho dañoso.<sup>64</sup> En consecuencia, para que surja una indemnización por lucro cesante, el hecho dañoso debe haber interrumpido una situación certera.

Así, el lucro cesante se diferencia de la pérdida de oportunidad en virtud de la condición bajo la cual se da. Es decir, mientras que en el lucro cesante el objeto del perjuicio es la privación de lucros a los cuales el damnificado **tenía derecho (título) al momento del hecho dañoso**<sup>65</sup>, el objeto de la pérdida de oportunidad es privación de **probabilidad cualificada de la obtención** de lucros o la evitación de una pérdida. Por ello, mientras que en el lucro cesante la certeza recae sobre los beneficios económicos que se obtendrían, en la pérdida de oportunidad recae sobre la

---

<sup>64</sup> FÉLIX ALBERTO TRIGO REPRESAS. PÉRDIDA DE CHANCE. 17-18 (Editorial Astrea, 2008)

<sup>65</sup> EDUARDO ZANNONI, EL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL. 102 (Editorial Astrea, 3ª Edición actualizada y ampliada, 2005)

probabilidad de obtenerlos. Por supuesto, vale hacer la salvedad de que la certeza, aún en el caso del lucro cesante, nunca será de un cien por ciento (100%) puesto que, versa sobre un futuro que no necesariamente se hubiese concretado (siempre hay posibilidad de causas extrañas) pero, lo cierto es que el curso ordinario de las cosas hubiese llevado a que se concretara la ganancia.<sup>66</sup> Aun así, constituye una situación bien distinta la privación de una expectativa (chance) versus, la privación de lo que previsiblemente se hubiese obtenido.

Por último, consideramos importante diferenciar cada uno de estos perjuicios en el ámbito de la reparación. Y es que, mientras que en el lucro cesante la indemnización será total sobre lo dejado de obtener, en la pérdida de oportunidad la indemnización será parcial ya que, recae sobre la probabilidad y no sobre el resultado esperado.

### **B. Perjuicio emergente vs. Pérdida de oportunidad**

El perjuicio emergente está constituido como la aminoración o disminución del patrimonio de la víctima que sufre hecho dañoso. Bajo este supuesto, se otorga indemnización por los desembolsos pecuniarios efectuados y, los que se vayan a efectuar como consecuencia del daño.<sup>67</sup> Así, el objeto del daño versa sobre el interés

---

<sup>66</sup> Supra 64, p. 18

<sup>67</sup> MARCELO LÓPEZ MESA. DERECHO DE DAÑOS: MANUAL. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. 58 (Editorial B de F. 2019)

relativo de un bien que ya corresponde a la persona al momento en que se ha generado el daño<sup>68</sup> y las consecuencias patrimoniales que el daño ha generado.

Si bien a simple vista podría parecer fácil confundir la pérdida de oportunidad con el perjuicio emergente, ya que en la primera se indemniza la chance sustraída del patrimonio de la víctima, creemos que identificar ambos como sinónimos llevaría a una innecesaria confusión tanto para los abogados como para los juzgadores al momento de identificar los perjuicios sufridos. Esto, porque la naturaleza jurídica del perjuicio emergente no lleva a indemnizar chances frustradas, no está constituida sobre la base de un álea y tampoco se da por la interrupción del curso causal. Muy por el contrario de lo anterior, el perjuicio emergente repara lo sufrido patrimonialmente por la víctima, no la frustración de lo que esta podía obtener o evitar perder.

Entonces, querer incluir las particularidades que conlleva analizar una pérdida de chance en el perjuicio emergente, conllevaría a (1) que no se indemnizara la pérdida de chance, (2) que se indemnice solo la pérdida de oportunidad, a pesar de la existencia de otros tipos de daños y/o (3) que no se indemnizaran las erogaciones que ha sufrido la víctima como consecuencia del hecho dañoso (perjuicio emergente). Y es que, vale recordar el principio de que, de un hecho dañoso, pueden ocurrir distintos tipos de perjuicios, por lo que corresponde entonces estudiar las consecuencias que

---

<sup>68</sup> ADRIANO DE CUPIS. EI DAÑO. TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. 186 (Ediciones Olejnik, Luis M. Salazar y equipo, revisión de la traducción. Primera Edición, 2020).

proviene del hecho dañoso, a fin de no confundir perjuicios e indemnizar plenamente al damnificado.

### **C. Perjuicio moral vs. Pérdida de oportunidad**

El perjuicio moral está constituido como el ataque a valores no pecuniarios, es decir, a las formas de sentimientos humanos. Esto incluye las aflicciones contra el honor de una persona, la privación de goces y placeres de la vida y de algún bien que tenga un valor de afección al margen de su valor económico, entre otros.<sup>69</sup> Bajo este supuesto, se otorga indemnización por los sufrimientos que la víctima sufre como consecuencia del hecho dañoso.

La diferencia entre el perjuicio moral y la pérdida de chance se encuentra en lo que tiene por objeto. Es decir, mientras el perjuicio moral versa exclusivamente sobre bienes extrapatrimoniales de los afectados del hecho dañoso, la pérdida de oportunidad analiza la oportunidad frustrada de obtener algo o evitar una pérdida. No existe chance frustrado de obtener una ganancia extrapatrimonial o de evitar una pérdida de un sentimiento.

Ahora bien, esto no quiere decir que una situación de pérdida de chance no puede generar también un perjuicio moral, pero existe una diferencia entre indemnizar la chance frustrada e indemnizar los sufrimientos sufridos **por la chance frustrada**, todo esto, recordando que de un hecho dañoso pueden generarse distintos tipos de

---

<sup>69</sup> MARCELO LÓPEZ MESA. DERECHO DE DAÑOS: MANUAL. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. 71 (Editorial B de F. 2019)

perjuicios. Por ejemplo, no es lo mismo otorgar indemnización de pérdida de oportunidad de curación por error de diagnóstico que, indemnizar los perjuicios morales sufridos por el error de diagnóstico. En uno, se evalúa la probabilidad que tenía el paciente de curarse hasta la interrupción del curso causal por la culpa del galeno y en el otro, se evalúan los atentados sufridos por la víctima y sus familiares a consecuencia del error de diagnóstico.

Para finalizar, vale destacar que la idea de indemnizar la situación que constituye la pérdida de oportunidad no significa que esta deba confundirse con el resto de los rubros indemnizatorios que existen sino, hacer valer el principio de reparación integral y otorgar indemnización por los perjuicios ciertos, personales y subsistentes que pueden generar un hecho dañoso.

### **CAPÍTULO III: LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA**

Hasta ahora, hemos ido escalonadamente expresando cómo y cuándo la pérdida de oportunidad constituye una situación susceptible de generar el deber de responder. Pero, ahora, es momento de que este “cómo y cuándo” sean respondidos bajo la perspectiva de la responsabilidad médica. A fin de hacer aquello adecuadamente, haremos en este capítulo una breve revisión sobre el desempeño de esta profesión. Y es que, antes de tener la intención de perseguir indemnización por un caso de responsabilidad médica, debemos entender qué hacen o más bien, qué debe esperarse de una actuación médica, para poder hacer una comparativa entre lo que se hizo y lo

que se debió hacer. Reitaramos y acalaramos que, esta revisión no puede ser tan extensa como nos gustaría, puesto que, el objeto de este proyecto de investigación no es el estudio íntegro de todo tipo de casos de responsabilidad médica, sino la relación que existe entre esta y la pérdida de oportunidad, por lo que estudiaremos lo necesario para establecer aquello.

Así, veremos a continuación lo que constituye un acto médico, las obligaciones y actos que lo acompañan, cómo el incumplimiento de estas pueden generar responsabilidad y, por último, la consecuente configuración de la culpa médica como requisito esencial para que se genere la responsabilidad médica.

## **I. DEFINICIÓN DE ACTO MÉDICO**

El acto médico es aquel que realiza un profesional de la medicina, habilitado reglamentariamente para hacerlo, en el desempeño de su profesión y en beneficio de un paciente. En este acto se concreta la relación especial médico-paciente en donde los galenos, de acuerdo con las reglas, sus capacidades y la enfermedad del paciente, promueven la prevención y cura de un padecimiento.<sup>70</sup> Como es de esperarse, el acto médico constituye un proceso con múltiples etapas constitutivas de obligaciones y responsabilidades tanto para el galeno como para el paciente. Por la importancia y la influencia que estas tienen en la vida humana, el acto médico debe realizarse con

---

<sup>70</sup> MARCELO LÓPEZ MESA. LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. RESPONSABILIDAD DE LOS SANATORIOS Y HOSPITALES EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. DERECHO COMPARADO. 44 (Editorial B de F, 2016)

prudencia y diligencia, de conformidad con la ciencia disponible al momento en que el paciente acude y respetando los derechos y procedimientos adecuados. Es decir, del acto médico se desprende una serie de reglas, obligaciones y deberes, que deben ser analizados de forma separada y unida a los hechos, a fin de evaluar correctamente el proceso en el que se sumerge, directa o indirectamente, el trato de un médico y su paciente.

## **II. SOBRE LA LEX ARTIS AD HOC**

Antes de empezar a analizar las obligaciones del médico y su naturaleza, consideramos pertinente abordar un concepto que debe tenerse en cuenta, en todo momento, al hablar de este tipo de responsabilidad; la *lex artis ad hoc*.

El término *lex artis* significa “ley del arte” y hace referencia al conjunto de experiencias y conocimientos adoptados por una determinada ciencia en un momento dado.<sup>71</sup> Esta última parte simboliza el *ad hoc*, que significa, “en el momento”. Esto último resulta importante ya que, la *lex artis* es como el aforismo latino “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* (que quiere decir, ningún delito, ninguna pena sin ley previa), es decir, así como no puede haber una condena por un delito que no estaba tipificado al momento del hecho, no puede juzgarse civilmente a un médico por una técnica que al momento en que se da la relación médico-paciente no existía. Por ello, es importante que, al evaluar las técnicas, conocimientos y mecanismo

---

<sup>71</sup> Id. P. 167

utilizados por el galeno para mejorar la salud de su paciente, se tenga en cuenta los mecanismos que, en efecto, se encontraban disponibles al momento en que ocurrieron los hechos.

Así, en un sentido práctico, la *lex artis ad hoc* constituye una especie de protocolo para el médico, contentivo de lo que un galeno consciente, atento, actualizado, debería hacer ante determinado padecimiento, teniendo en cuenta síntomas, características y circunstancias que rodean el cuadro, a fin de ser considerado un buen profesional.<sup>72</sup>

Para nosotros, la *lex artis ad hoc* se asemeja al estándar de conducta exigible y, por consiguiente, constituye la medida de diligencia profesional para un médico. Esto, porque permite hacer el juicio entre, lo que lo que el médico utilizó para preservar la salud del paciente y, lo que pudo haber utilizado, teniendo en cuenta las técnicas de la medicina disponibles en ese momento. Ahora bien, cabe hacer la salvedad de que, la *lex artis ad hoc* en Panamá en 2021, no necesariamente será la misma que en España en 2021, porque se deben tener en cuenta los factores espacio-tiempo. Es decir, no necesariamente, las mismas técnicas para curar una influenza, por ejemplo, estén disponibles en Panamá y en España al mismo tiempo o, inclusive, no necesariamente las mismas técnicas sean consideradas las más adecuadas para curar una influenza en cada país al mismo tiempo. Así, para hacer un juicio diligencia o negligencia sobre un acto médico, debe hacerse bajo la perspectiva de la *lex artis ad hoc*, es decir, teniendo

---

<sup>72</sup> Supra 70, p. 167

en cuenta los conocimientos que la ciencia médica tiene a su disposición en un determinado lugar, en un momento dado.

### **III. NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO MÉDICO**

A fin de poder expresar cuáles son las obligaciones y deberes que un médico idóneo debe cumplir al ejecutar un acto médico, debemos entender la naturaleza de este acto. Esto será reflejado en dos perspectivas relevantes cuando se tratan de casos en los que está en juego la responsabilidad; estos son la naturaleza jurídica en cuanto a la obligación del galeno y de igual forma, en cuanto a su responsabilidad.

#### **A. Naturaleza jurídica en cuanto a la obligación del médico**

Para evaluar si la ejecución del acto médico y los deberes que le son inherentes fueron cumplidos, resulta imperante conocer el alcance la obligación del galeno. A fin de estudiar lo anterior, veremos a continuación la obligación de medios y la obligación de resultados.

##### ***1. Obligación de medios***

Es claro que el objeto de la medicina es la preservación de la salud humana. Sin embargo, no podemos pensar que esta preservación puede ser garantizada de forma absoluta porque, el acto médico viene siempre acompañado de un elemento aleatorio. Esto, porque se deben tomar en cuenta, entre otros, factores subjetivos del paciente

ante la enfermedad y el estado de la ciencia al momento de tomar los cuidados. La brecha entre el elemento aleatorio y la preservación de la salud produce la obligación de medios.

Este tipo de obligación consiste en la noción de que el médico se compromete a actuar con diligencia, prudencia y de conformidad con la *lex artis ad hoc*, a fin de suministrarle los cuidados necesarios al paciente, pero, sin garantizar que estos llevarán a la cura de la enfermedad. Lo anterior es indicativo de que el médico se compromete a una actuación adecuada, de conformidad con la diligencia profesional, pero, que no puede exigírsele al galeno un resultado que no depende solo de él, sino también de factores exógenos y endógenos.<sup>73</sup> En ese sentido, no puede requerírsele a un galeno que cure el cáncer de mama de una mujer, pero, sí que actúe y emplee los medios que son conformes a la *lex artis ad hoc*, es decir, a los conocimientos y técnicas disponibles en la ciencia de la medicina al momento de los hechos.

Lo anterior dispuesto, indica que el alcance de la prestación del médico no es curar al enfermo sino, suministrarle los cuidados que requiera según el estado actual de la ciencia médica, ya que no se le puede exigir al facultativo el vencimiento de dificultades que puedan ser equiparadas a la imposibilidad, ya sea por exigir sacrificios desproporcionados o por otros motivos<sup>74</sup>, relacionados a la noción de que la medicina es una ciencia inexacta.

---

<sup>73</sup> JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS. RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. 169-170 (Editorial Aranzadi, Séptima Edición, 2020)

<sup>74</sup> Sentencia del 26 de mayo de 1986. Tribunal Supremo de España.

Ahora bien, a la obligación de medios, deben hacerse dos consideraciones. La primera, es que esta obligación no es de carácter absoluto, sino que pueden existir resultados parciales exigibles. Estos tratan de los deberes que vienen con la ejecución del acto médico tales como, el consentimiento informado, diagnóstico de la enfermedad y la diligencia empleada en el uso de la técnica adecuada que deben necesariamente ser cumplidos por el galeno. La existencia de estos deberes de resultado no altera la naturaleza de la obligación global<sup>75</sup> (el alcance de la obligación de medios) pero, sí matizan su distinción de forma que se pueda desprender de ella la medida de diligencia exigible al galeno.

La segunda consideración radica en la idea de que la obligación de medios no debe ser considerada una patente de curso para el médico. Esto es sencillamente porque, por más que el médico no esté obligado a curar la salud del paciente, sí debe estar comprometido a hacerlo, empleando los deberes, técnicas y cuidados que por su conocimiento y estado de la ciencia médica le son inherentes durante la ejecución de un acto médico ya que, de esto se trata a plenitud la obligación de medios.

## ***2. Obligación de resultado***

En contraposición a las obligaciones de medios, se encuentran las de resultado. En estas, el deudor de la obligación se compromete a garantizar el cumplimiento de una

---

<sup>75</sup> Supra 73, pág. 173.

prestación, es decir, “el resultado es el objeto del negocio jurídico y se presume un resultado feliz porque de lo contrario el paciente no hubiera consentido con la contratación”.<sup>76</sup> En materia médica, una obligación de resultado presumiría que el médico se obligue a la curación o ejecución de un acto médico preciso. Ante esto, antes de dar nuestra opinión al respecto, vale hacer referencia a ciertos criterios jurisprudenciales que ha manifestado el Consejo de Estado Colombiano en los que ha dispuesto que la obligación de un médico puede ser de resultado en ciertos casos.

**“La cirugía estética es uno de aquellos actos quirúrgicos en que la doctrina ha venido señalando la obligación de resultados al menos en la ejecución formal de la restauración o corrección procurada.**

Ejecutada una rinoplastia conforme al planeamiento concebido previamente, se cumple un resultado, aun cuando el proceso de sanación sí sea de la órbita de los cuidados calificados. Los primeros en cuanto a las prevenciones y exámenes necesarios para dentro de los cánones normales del ejercicio, se prevea en circunstancias normales en buen suceso del ejercicio, se prevea en circunstancias normales un buen suceso de la ablación o del injerto. Los segundos en cuanto a la aposición regular del órgano trasplantado en el lugar que debe ocupar en el organismo destinatario. Asimismo, **la aposición de una prótesis comporta prestaciones de medio y de resultado, al igual que una cirugía cardiovascular en la cual la calidad profesional de los**

---

<sup>76</sup> RAFAEL AGUIAR-GUEVARA. TRATADO DE DERECHO MÉDICO. 141 (Editorial Legis, 2001)

**medios y cuidados asegura la ejecución de los nuevos ductos vasculares sin que ello garantice ni asegure la recepción definitiva por parte del organismo receptor.** En cuanto a la obligación de resultado, que se garantiza basta con probar, no culpa sino ejecución debida”<sup>77</sup> (El resaltado es nuestro).

Así, lo que indica el fallo anterior es que pueden existir supuestos de hecho específicos en los que, un médico se obliga a la ejecución de una obra y compromete el resultado de la obligación. Esto generaría una situación en la que el incumplimiento del resultado genere la obligación de responder para el galeno. Para nosotros, aún en los casos mencionados en el fallo anterior (cirugía estética, aplicación de prótesis) existe un riesgo en la ejecución del acto médico, susceptible de que los factores exógenos puedan romper la brecha entre la diligencia del galeno y la ejecución perfecta de la prestación y por ello, no creemos que dichos actos puedan ser considerados como obligaciones de resultados. Y es que, para responder a la pregunta si una obligación es de medio o de resultados, se debe examinar si la finalidad de la obligación está sometida a algún álea, esto es, si el logro depende de algún acontecimiento incierto.<sup>78</sup> Y la respuesta a esta pregunta cuando hablamos de casos de responsabilidad médica es que la ciencia de la medicina es inexacta, es decir, que no existe una fórmula que indique que A (enfermedad) en todos los casos,

---

<sup>77</sup> Sentencia del 25 de mayo de 1996. Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

<sup>78</sup> JUAN MANUEL PRÉVÔT. LA ALEATORIEDAD DEL ACTO MÉDICO: MITOS Y REALIDADES DEL COMPLEJO TRAMA PRESTACIONAL. 1074 (DJ 2004)

será curada con B (tratamiento), lo que indica que, por regla general, la obligación del médico es de medios. Esto, aun cuando una obligación de medios incluya ciertos deberes que son de resultado como vimos anteriormente (diagnóstico, consentimiento informado, entre otros) porque estos, no cambian la naturaleza de la obligación global.

Y es que, “el eje de la responsabilidad médica gira sobre los siguientes postulados: hacer todo aquello que esté indicado hacer, consideración habida al grado de progreso de los conocimientos médicos y a los recursos disponibles en el correspondiente medio; y abstenerse de hacer todo aquello que no deba hacerse, en atención a las mismas circunstancias”.<sup>79</sup>

### **B. Naturaleza jurídica en cuanto a la responsabilidad del médico**

Otro tema controvertido, pero, necesario de abarcar a fin de evaluar la responsabilidad profesional de un galeno, es el tema de los tipos de responsabilidad que conlleva la prestación del servicio médico. A lo largo del tiempo, el mundo jurídico ha traído a colación dos sistemas de responsabilidad; estos son, aquellos que están basados en derechos y obligaciones que emanan de una relación preexistente y aquellos en los que no existe una relación entre los agentes, pero si se vulnera el deber genérico de no dañar a los demás. Para materializar estos sistemas en la

---

<sup>79</sup> ÁLVARO PÉREZ VIVES. TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES. 201 (Editorial Temis, Volumen III, 1995)

responsabilidad médica, evaluaremos en esta sección si la responsabilidad del médico se encuentra en el ámbito contractual o extracontractual.

### ***1. Responsabilidad contractual***

La responsabilidad contractual presupone la existencia de un vínculo jurídico entre individuos, creado con el fin de cumplir con una prestación específica,<sup>80</sup> que puede ser de dar, hacer o no hacer. El vínculo jurídico es denominado contrato, del cual se emanan diferentes deberes y obligaciones para ambas partes, atendiendo a las circunstancias objetivas y subjetivas del caso específico y de los individuos que se sumergen en la relación. Cuando las partes se comportan de forma opuesta y contraria a lo que se obligaron, se produce una falta o defectuosa ejecución de lo estrictamente pactado, lo que trae como resultado el incumplimiento del contrato y la denominada responsabilidad contractual.<sup>81</sup>

Si llevamos la conceptualización anterior a los elementos evaluados hasta ahora de los actos médicos, veremos que existe una similitud. Esta se ve en la medida en que la responsabilidad médica lleva a analizar situaciones en las que una persona con un padecimiento acude a un galeno con el fin de que este utilice sus conocimientos y las técnicas disponibles al momento del tratamiento, para preservar la salud del enfermo. Desde que el enfermo acude al especialista, se crea un vínculo del cual emanan derechos, deberes y obligaciones para ambas partes. Por un lado, el médico se compromete a actuar de forma prudente y diligente, cumpliendo con los deberes que

---

<sup>80</sup> ADRIANO DE CUPIS. EI DAÑO. TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. 61 (Ediciones Olejnik, Luis M. Salazar y equipo, revisión de la traducción. Primera Edición, 2020).

<sup>81</sup> Id. P. 61-62

le son inherentes (diagnóstico, llevar historial clínico, entre otros) y, por otro lado, el paciente a cumplir con las indicaciones del galeno para no empeorar su situación. Entonces, cuando una de las partes no cumple con lo que se le requiere, se produce un incumplimiento de la obligación. Esto puede darse cuando el médico no actúa de forma diligente en la prestación del servicio médico pues recordemos que, él no está obligado a proveer la cura del padecimiento del enfermo, sino a cumplir con sus obligaciones de forma diligente (obligación de medios conforme a la *lex artis ad hoc*). Ahora bien, en cuanto a los elementos particulares de este contrato médico, podemos mencionar los siguientes:

- Es *Intuitu Personae*: en la medida en la que el paciente toma en cuenta las condiciones personales del galeno. Por ejemplo, quien sufre de asma o tiene una bronquitis acude al neumólogo en función de su especialidad.
- Es bilateral: en la medida en que genera deberes y obligaciones recíprocas para ambas partes.
- Es consensual: esto, porque la perfección del contrato médico depende de la existencia del consentimiento de ambas partes en el tratamiento.
- Es oneroso: en la medida en que, por regla general, el paciente paga una suma de dinero por el servicio médico prestado.
- Es conmutativo: en la medida en la que surge una equivalencia entre la prestación del servicio y el pago por la asistencia. Cada una de las partes se obliga a hacer algo.

- De ejecución instantánea o sucesiva: puede darse, en los casos en los que la relación inicia en una sala de consultas, pero, continúa a través de un seguimiento y tratamiento del galeno al paciente.<sup>82</sup>

Así, el vínculo jurídico entre el médico y el paciente trae a colación características particulares que constituyen la guía hacia cómo el médico se debe comportar y lo que el paciente debe esperar de esta relación, una vez esta haya sido consensuada.

La idea de que la relación médico-paciente está, por regla general, supeditada a la responsabilidad contractual viene sumergiéndose al mundo jurídico desde 1936 con la famosa “Sentencia Mercier”. En ella, se estableció que la relación entre el paciente y su médico consiste en un contrato, a través del cual se le impone una obligación que no es la de curarlo, sino de darle una atención diligente y prudente, sujeta a las circunstancias y datos adquiridos por la ciencia al momento de la relación.<sup>83</sup>

En el mismo sentido, se ha asemejado a la relación médico-paciente a un contrato de prestación de servicios médicos, por la misma constituir una obligación de actividad, en la que la obligación sujeta al vínculo jurídico, no es la de obtener un resultado, sino la de prestar el servicio más adecuado, a través de una ejecución adecuada y correcta.<sup>84</sup> Y entonces, cuando la ejecución del galeno se aleja de lo que se encuentra conforme a la *lex artis ad hoc* y traen como resultado perjuicios en la salud del

---

<sup>82</sup> AURA EMÉRITA GUERRA DE VILLALAZ. LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL DEL MÉDICO. 37-39 (Editorial Cultural Protobelo, Primera Edición, 2015)

<sup>83</sup> Sentencia del 20 de mayo de 1946. Corte Civil de Casación de Francia. Recuperada de la “Revue générale du droit”, disponible en <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/cour-de-cassation-civ-20-mai-1936-mercier/>

<sup>84</sup> Sentencia del 13 de abril de 1999. Tribunal Supremo de España.

paciente, podemos decir que la prestación del servicio médico ha sido defectuoso y analizar el mismo a través del sistema de responsabilidad contractual.

## ***2. Responsabilidad extracontractual***

En contraposición a los casos en los que existe una relación preexistente entre las partes, encontramos aquellos en los que se genera un hecho dañoso producto de un hecho humano, sin que mediara una relación previa entre las partes; esto trae a la esfera de la responsabilidad extracontractual. Este sistema de responsabilidad trata los casos en los que una persona, a través de un comportamiento antijurídico, vulnera el deber genérico de no dañar a los demás y genera un hecho dañoso en una persona con la cual no tenía ningún vínculo jurídico previo.<sup>85</sup>

A pesar de que se ha visto que, por regla general, la relación médico-paciente se encuentra dentro de la esfera de la responsabilidad contractual, no se debe pensar que esta regla es absoluta. Y es que, pueden darse situaciones en las que el médico y el paciente inician una relación que no está previamente determinada, sino que, han llegado a ella de forma inesperada, por ejemplo, en el caso del paciente que llega a la sala de urgencias y es atendido por un médico del hospital. Para esclarecer este punto, veamos esta cita doctrinal encontrada en un fallo la Sala Civil Corte Suprema de Justicia de Panamá:

---

<sup>85</sup> Supra 80, pág. 63

Sobre esta dualidad de la responsabilidad médica el Doctor en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, Profesor SERGIO YEPES RESTREPO, señala lo siguiente:

“En lo que al ejercicio de la medicina se refiere, podemos señalar que la regla general es que se aplique la responsabilidad civil contractual, ya que lo más normal es que la prestación de un servicio médico particular está precedido de la celebración de un contrato. **Sin embargo, se dan otras hipótesis frecuentes en que no existiendo vínculo obligacional, se lleve a cabo la prestación de estos servicios, ya sea que se trate de un paciente inconsciente, ya sea que el médico intervenga unilateralmente, o cuando el contrato adolece de algún vicio jurídico que afecte su validez. Igualmente aún existiendo contrato, puede ejercerse la acción personal extracontractual por parte de los herederos cuando el paciente fallece.**

De todas maneras podemos afirmar que la actividad del médico debe realizarse (exista o no contrato), de acuerdo a unas directrices comprendidas en las normas ético-médicas y en las técnicas señaladas por la práctica médica y, por esta razón, sus deberes y obligaciones son los mismos, tanto en el plano contractual como en el extracontractual.

**Sería ilógico sostener que el médico pudiera obrar negligentemente y con descuido por el hecho de no haber celebrado un contrato para la prestación de sus servicios, por el contrario su conducta debe estar en todo momento adecuada a las normas éticas que caracterizan su profesión y a los deberes que le impone su actividad médica"** (La Responsabilidad Civil Médica. Biblioteca Jurídica Diké, Colombia, 1999, págs. 51-52)".<sup>86</sup>

(El subrayado es nuestro)

Consideramos que la cita anterior expuesta en jurisprudencia patria, resulta bastante clara en manifestar que la naturaleza y el alcance bajo el cual se debe analizar la relación médico-paciente, sobre todo cuando se trata de responsabilidad profesional, debe empezar verificándose si las partes iniciaron su relación con el hecho dañoso (responsabilidad extracontractual) o bien, si mediaba entre ellas una relación preexistente, pero que pueden darse ambos casos cuando se trata de responsabilidad médica dependiendo de la situación. Por supuesto, bajo el régimen extracontractual no caben las particularidades del contrato médico visto anteriormente, sino que lo que sucede en este caso es que el médico actúa en función de su deber de asistencia. En este caso, el médico atiende al paciente que entró en urgencias, que quizás ni siquiera tiene suficiente lucidez en el momento para otorgar consentimiento, pero que el profesional de la medicina atiende en virtud de su cualificación profesional,

---

<sup>86</sup> Sentencia del 31 de julio de 2000. Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá. Sala de lo Civil.

sin que se requiera necesidad de que medie vínculo jurídico previo. En este caso, surgen las obligaciones que le son inherentes por su profesión, obligaciones que van alineadas a la ejecución del acto médico conforme a la *lex artis ad hoc* en el tratamiento del paciente, evitando en que incurra en impericia o negligencia.<sup>87</sup> Así, cuando el médico no actúa conforme a la *lex artis ad hoc*, podría generar un incumplimiento en su deber de asistencia y ocasionar un resultado dañoso para el paciente, quien posteriormente podrá buscar indemnización por los perjuicios sufridos, utilizando el régimen de responsabilidad extracontractual.

#### **IV. DEBERES Y OBLIGACIONES INHERENTES A LA PRAXIS**

##### **MÉDICA**

A fin de que las nociones anteriormente esbozadas tomen forma, resulta pertinente analizar cuáles son los deberes y obligaciones que un paciente puede esperar de un galeno. Así, en esta sección abarcaremos el contenido indispensable de la prestación del servicio médico y será entonces, cuando el médico falta a este contenido que podremos iniciar la investigación de responsabilidad profesional por culpa médica. Es entonces como veremos en esta sección, la importancia de llevar un historial clínico, de otorgar un diagnóstico oportuno y adecuado, informar al paciente para que este pueda dar su consentimiento informado, deber de asistencia, de reducir los riesgos y en general, de llevar una actuación diligente.

---

<sup>87</sup> MARÍA DEL CARMEN GARCÍA GARNICA. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO DE LA MEDICINA ASISTENCIAL. *en* La responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos. Daños por servicios que afectan a la salud y seguridad de las personas. Dirigido por Antonio Orti Vallejo. 204 (Editorial Thomsom-Arazandi, 2006)

### **A. Obligación de informar al paciente**

La obligación de informar al paciente implica que el médico ponga en conocimiento al enfermo de su estado, su patología, los procedimientos a seguir, las posibilidades que existen de tratamiento, su posibilidad o eventualidad de cura y todas aquellas prácticas de rigor que la buena praxis establezca.<sup>88</sup> La obligación del galeno se transforma en un derecho para su titular, el paciente, independientemente de si este será atendido en un centro de salud público o privado y, por supuesto, debe ser otorgada sin discriminación y de forma comprensible para quien no conoce la técnica médica.<sup>89</sup> La idea de la obligación de la información consiste en la noción de que si el paciente conoce los elementos importantes relativos a su salud, puede posteriormente tomar una decisión informada en cuanto al tratamiento disponible y los riesgos que estos pueden acarrear. Adicionalmente, y en cuanto al contenido específico de la información necesaria, el Marco Común de Referencia de un Derecho Civil Europeo, ha dicho que el prestador del servicio debe informar al paciente sobre:

#### **“IV.C.–8:105: Obligación de informar**

(1) Para que el paciente pueda elegir libremente en lo referente al tratamiento, el prestador del servicio debe informar al paciente sobre:

---

<sup>88</sup> MIGUEL GONZÁLES ANDÍA. ACTOS DE DISPOSICIÓN DEL PROPIO CUERPO Y LOS LÍMITES AL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA. (La Ley, 2003-B-1125)

<sup>89</sup> Artículo 4 de la Ley 68 de 20 de noviembre 2003, que regula los derechos y obligaciones de los pacientes, en materia de información y de decisión libre e informada. Publicado en Gaceta Oficial No. 24935.

- (a) el estado de salud del paciente;
- (b) la naturaleza del tratamiento propuesto;
- (c) las ventajas del tratamiento propuesto;
- (d) los riesgos del tratamiento propuesto;
- (e) las alternativas al tratamiento propuesto y sus ventajas y riesgos en comparación con los del tratamiento propuesto; y
- (f) las consecuencias de no recibir tratamiento.

(2) En cualquier caso, el profesional debe informar al paciente de los riesgos o alternativas que puedan influir razonablemente en la decisión del paciente acerca de si dar o no su consentimiento al tratamiento propuesto. Se considera que un riesgo podría influir razonablemente en esta decisión si, de producirse, el paciente sufriría un grave perjuicio. Salvo pacto en contrario, la obligación de informar está sujeta a lo dispuesto en el Capítulo 7 (Información y asesoramiento).

(3) La información debe proporcionarse de forma que el paciente pueda entenderla.<sup>90</sup>”

Para que el galeno acierte en este deber, es probable que deba tomar la iniciativa de realizar ciertas preguntas y exámenes a su paciente, a fin de poder brindar información basada en las circunstancias subjetivas del paciente y objetivas de los

---

<sup>90</sup> Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR). 235 (Carmen Jerez Delgado, coordinadora de la versión española. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid 2015)

tratamientos disponibles. De igual forma, es imperante que el médico informe sobre las ventajas y los riesgos de cada tratamiento, así como las alternativas y consecuencias de no elegir uno u otro, o ninguno. En función de lo visto, podemos pensar que los riesgos que deben ser informados son aquellos que tengan relevancia e influencia en la toma de decisiones del tratamiento a utilizar. Por último, se establece que el mensaje que se transmite debe ser inequívoco, es decir, que debe hacerse de una forma en la que pueda haber comprensión del paciente.

El incumplimiento de esta obligación compromete la responsabilidad del galeno, en la medida en que la omisión de este deber puede acarrear como consecuencia que el paciente otorgue un consentimiento informado defectuoso, y como consecuencia reciba tratamientos que no hubiese aceptado de haber conocido los riesgos relevantes del mismo.

### ***1. Derecho del paciente a emitir un consentimiento informado***

Entrelazado con la obligación del galeno de informar al paciente íntegramente sobre su estado y posibles pasos posteriores, se encuentra el derecho del paciente a emitir un consentimiento informado. El mismo puede definirse como un derecho personalísimo del paciente a decidir de forma libre, voluntaria y consciente, sobre cualquier actuación en el ámbito de la salud, su sumisión o rechazo a la misma.<sup>91</sup> Esta

---

<sup>91</sup> DAVINIA CADENAS OSUNA. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA. 210 (Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Primera Edición, 2018)

es una decisión que debe expresar el paciente posterior a haber recibido las herramientas informativas necesarias para tomarla. Por ello, mencionábamos que, sin la recepción efectiva de la información necesaria, el consentimiento posterior a un tratamiento podría estar viciado. La importancia de emitir un consentimiento informado trasciende a ser un derecho humano fundamental imprescindible ya que, cualquier intervención o actuación en el ámbito de la salud requiere que el paciente haya emitido su voluntad a esta.<sup>92</sup> Y es que, el consentimiento, ya sea que conste en documento o no (no creemos que tenga necesariamente que constar en uno) busca la manifestación de la voluntad del paciente, respecto a los tratamientos disponibles y los riesgos que estos acarrearán, con motivo de preservar su salud.

En cuanto a los requisitos para que esta manifestación de voluntad sea reputada válida, podemos decir que el consentimiento del paciente debe darse de forma libre y voluntaria. Si se da de esta forma, se entenderá que la conducta del paciente es autónoma. Para materializar un poco más lo anterior, se debe tener claro que la conducta autónoma de manifestar el consentimiento en el ámbito de la salud depende de la existencia de la intencionalidad, comprensión y ausencia del control externo. Intencionalidad, en la medida en que la acción es querida por el paciente, aun cuando existan riesgos de que el resultado esperado no se cumpla (obligación de medios). Comprensión, en la medida en que la información proporcionada por el galeno ha hecho que el paciente entienda la naturaleza de su estado, los tratamientos y pueda

---

<sup>92</sup> Artículo 16 de la Ley 68 de 20 de noviembre 2003, que regula los derechos y obligaciones de los pacientes, en materia de información y de decisión libre e informada. Publicado en Gaceta Oficial No. 24935.

prever las consecuencias. No es una comprensión absoluta ni exhaustiva, sino adecuada y completa, en cuanto a datos relevantes de posibles riesgos y complicaciones. Y ausencia de control externo, en la medida en que el paciente se encuentre en la capacidad mental de otorgar el consentimiento y no esté actuando bajo coacción o manipulación.<sup>93</sup> Así, si lo anterior se cumple y el paciente está bien prevenido, podrá emitir un consentimiento libre, voluntario e informado respecto a su estado de salud.

Ahora bien, como es de esperarse, este consentimiento informado no es absoluto, ni para el paciente, ni para el galeno. En primer lugar, no lo es para el paciente porque, este no puede imponerle al doctor que actúe en contra de sus principios o de las recomendaciones de la ciencia médica al momento del tratamiento, por ejemplo, no debe imponer su voluntad para que el médico actúe en contra de la *lex artis ad hoc*, solo porque el paciente así lo quiere. Y es que, el consentimiento informado no está hecho para cercenar la profesión liberal de la medicina.

Por otro lado, y ahora hablando del galeno, la existencia de un consentimiento informado por parte del paciente no constituye una *patente de corso* para que el médico actúe de forma negligente. Es decir, aun cuando el médico haya informado al paciente de los posibles riesgos de algún tratamiento, si los riesgos se materializan en perjuicios para la salud del paciente, se podría generar la obligación de responder por el acto si se verifica que el médico actuó de forma descuidada y negligente. Esto, porque “no se debe confundir el consentimiento informado con un derecho a la

---

<sup>93</sup> Supra 91, pág. 268-269.

irresponsabilidad, por cuanto la existencia del consentimiento informado no obliga al paciente a asumir cualesquiera riesgos derivados de una prestación asistencial inadecuada.<sup>94</sup> Así, el consentimiento informado es una obligación inherente de la práctica médica, a través de la cual el paciente manifiesta su voluntad a determinados tratamientos a fin de preservar su salud. Por tanto, se debe tener en cuenta que la omisión de esta acarrea responsabilidad en virtud de que se vulnera la autonomía del paciente a decidir sobre su propio medio de preservación de la salud.

### **B. Deber de asistencia médica**

Cuando la persona se encuentra en estado grave de salud, generalmente acude a urgencias pensando que en el sanatorio la podrán ayudar a recuperarse o normalizar su estado. Este es un precepto amparado por el sentido común y por el denominado deber de asistencia. El mismo tiene por objeto la idea de que es obligación del galeno prestar el servicio y asistencia médica al paciente en urgencia vital de salud. De igual forma, se prevé que esta asistencia debe darse de forma comprometida, es decir, que el médico debe adoptar las prevenciones y cuidados necesarios para evitar la prolongación del estado de gravedad del paciente.<sup>95</sup>

Este deber constituye el nexo entre un paciente en estado de urgencias, y la perpetuación del riesgo en la preservación de la salud si este no es atendido. Así, se ha dicho que este deber se conforma con la disposición de los medios orientados

---

<sup>94</sup> JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS. RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA 754, 762-763 (Editorial Arazandi, S.A.U., Séptima Edición, 2020)

<sup>95</sup> Sentencia del 4 de marzo de 2001. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Argentina.

hacia la obtención del resultado, pero que estos medios deben ser juzgados con lo dispuesto por la autonomía privada, reglas administrativas, civiles, injerencia externa del paciente y el modelo del buen profesional en la especialidad.<sup>96</sup> Creemos que lo anterior implica que el paciente sea efectivamente atendido en el hospital, con los cuidados necesarios y los tratamientos disponibles según la *lex artis ad hoc*, no ya que sea curado porque, como recordaremos, la obligación de los médicos es esencialmente de medios, pero sí existen ciertos resultados parciales exigibles, como lo es el hecho de asistir debidamente, con prudencia y cuidado a un paciente con alto riesgo en su estado de salud. Dicho lo anterior, toca responder a la pregunta de cuándo un galeno compromete su responsabilidad por incumplir el deber de asistencia. La respuesta es que, si un paciente ha sufrido una agravación a sus dolencias por la falta de intervención médica, es decir, por la omisión de asistencia médica, entonces puede decirse que puede haber responsabilidad profesional.<sup>97</sup> Por supuesto, para que esto se dé debe necesariamente existir un nexo causal entre las consecuencias que sufrió el paciente y la omisión en la prestación de asistencia médica, lo que debe ser probado en un juicio de responsabilidad.

### **C. Deber de llevar el historial clínico**

---

<sup>96</sup> Sentencia del 7 de junio de 1995. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Argentina.

<sup>97</sup> JUAN BUSTAMANTE ALSINA. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO POR OMISIÓN DE ASISTENCIA. 410 (La Ley, 1980)

La historia clínica constituye el relato patográfico o biografía patológica de la persona, esto es, la transcripción de la relación médico-paciente.<sup>98</sup> Este documento es de carácter obligatorio y debe registrar la condición del paciente y cánones científicos como identificación, anamnesis, revisión por sistemas, diagnóstico, pronóstico, evolución, tratamientos, procedimientos médicos y paramédicos. Como características, se encuentran la integralidad, secuencialidad, racionalidad científica, disponibilidad, oportunidad y claridad.<sup>99</sup>

De la conceptualización de lo que la doctrina ha considerado historial clínico, puede desprenderse que el mismo constituye documentación de valor fundamental. Y es que, en este documento se puede visibilizar la secuencia de los servicios médicos utilizados para enmendar el estado de salud del paciente. El mismo debe llevarse de forma diligente y clara porque, lo que en ello se documente puede afectar en gran medida el tratamiento de los padecimientos. Lo anterior, porque el prestador del servicio médico elabora el expediente o historia clínica adecuada del tratamiento, y en el mismo se debe incluir información recopilada en revistas, exámenes o consultas preliminares, información relativa al consentimiento del paciente e información sobre el tratamiento proporcionado.<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup> JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS. RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA 236 (Editorial Arazandi, S.A.U., Séptima Edición, 2020)

<sup>99</sup> SERGIO YEPES RESTREPO. LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA 146-147 (Editorial Díké y Editorial Universidad Santiago de Cali, 10ª Edición, 2020)

<sup>100</sup> Artículo IV.C.-8:109: Documentación. Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR). 237 (Carmen Jerez Delgado, coordinadora de la versión española. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid 2015).

En el caso particular de Panamá, se hace una diferenciación entre la historia clínica y expediente clínico. El primero hace referencia a una parte del contenido o del expediente clínico que recoge la narración escrita en soporte papel o electrónico, clara, precisa, detallada y ordenada, de los datos generales, antecedentes personales, familiares y patológicos del paciente; factores de riesgo, estado vacunal, padecimiento actual o motivo de consulta, examen físico del paciente, impresión diagnóstica, indicaciones y tratamientos. Por otro lado, definen expediente clínico como aquel conjunto de documentos de valor médico legal, que contiene los datos, valoraciones, historial clínico e información de cualquier índole sobre la evolución clínica del paciente, así como documentos relativos al proceso asistencial de cada enfermo, identificando a los médicos y demás profesionales asistenciales que han intervenido en el mismo, procurando la máxima integración posible de la documentación.<sup>101</sup> Estimamos que la conceptualización de lo que en Panamá se considera expediente clínico hace referencia a lo que doctrinalmente ha sido considerado como historia clínica. Esto por el contenido y uso prolongado de la documentación que en él debe constar.

Y es que, es por el contenido y características del historial clínico que este documento se ha perfilado como un instrumento institucional básico e imprescindible de la actuación profesional, por cuanto en él quedan asentados los actos y prácticas

---

<sup>101</sup> Numerales 24 y 22 del Artículo 2 del Decreto Ejecutivo No. 1458 de 6 de noviembre de 2012 que reglamenta la Ley 68 de 20 de noviembre de 2003, que regula los derechos y obligaciones de los pacientes, en materia de información y de decisión libre e informada. Publicado en Gaceta Oficial No. 27160-A

médicas realizadas al paciente, además de demostrar cómo se ha dado la relación entre ambos.<sup>102</sup> Y es específicamente por la materialización de la relación médico-paciente en este documento que el mismo puede constituir un indicio de la diligencia o negligencia del galeno. Esto, porque la no consignación clara de los resultados médicos y estado del paciente aumenta las probabilidades de que, ante la presencia de un error, el profesional que atiende al paciente persista en tal error y no actúe de conformidad para la prevención y erradicación de eventos adversos.<sup>103</sup> En un sentido práctico y para finalizar, puede decirse que el historial clínico debe llevarse en buena forma para mitigar el aumento de riesgos en la salud del paciente. Porque, así como cuando leemos una biografía entendemos la vida de la persona cuando la misma es detallada, si la misma adolece de los detalles que le son inherentes, no podemos decir que conocemos los datos biográficos de la persona y lo que actuemos o digamos de ella, probablemente no sea acertado. Lo mismo sería en materia médica, a diferencia de que en esta, el desacierto constituya en actos médicos que resulten en perjuicios que el paciente no está llamado a soportar.

#### **D. Deber de actuación diligente**

A pesar de que hemos abarcado un tanto este tema al hablar de la *lex artis ad hoc*, vale hacer una segunda vuelta del mismo desde otra perspectiva. El deber de

---

<sup>102</sup> MANUEL JOSÉ CUMPLIDO Y RICARDO ARIEL GONZÁLEZ ZUND. DAÑO MÉDICO. ASPECTOS LEGALES EN LA PRÁCTICA MÉDICA. 445 (Editorial Mediterránea, 2005)

<sup>103</sup> Supra 96, pág. 150

actuación diligente trae a colación la obligación del médico de prestar el servicio médico de conformidad con la *lex artis ad hoc*. En esa línea, poco importa si la relación médico-paciente se forma en un consultorio privado o en una sala de urgencias de un hospital público, la asistencia que se le presta al paciente debe ser diligente.

Y es que, si el médico no actúa de forma diligente, sea por desidia, torpeza, tardanza, entre otros, su actuación podría comprometer su responsabilidad a título de negligencia.<sup>104</sup> En esa línea, la forma en la que se mide el juicio diligencia o negligencia en materia médica es bajo el parámetro de la *lex artis ad hoc*, como hemos visto. Así, el deber de actuación diligente presupone que el médico, al prestar el servicio, tome en cuenta los datos, técnicas y conocimientos disponibles de la praxis médica en ese momento. Lo contrario a esto, significaría una exigencia desmedida para el profesional de la salud. Entonces, la diligencia en la ejecución del acto médico presupone la aplicación de la *lex artis ad hoc* en todo momento de la relación médico-paciente, a fin de evitar el aumento de riesgos al preservar la salud del paciente.

### **E. Deber de mitigar los riesgos**

Cuando hablamos de responsabilidad médica, se debe partir siempre de la premisa de que la medicina es una ciencia inexacta. Y que, por tanto, no es posible cargar al médico con exigencias imposibles a fin de preservar la salud del enfermo. Se dice

---

<sup>104</sup> MARCELO LÓPEZ MESA. LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. RESPONSABILIDAD DE LOS SANATORIOS Y HOSPITALES EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. DERECHO COMPARADO. 166 (Editorial B de F, 2016)

también, en función de lo anterior, que la prestación del servicio médico trae consigo riesgos previsibles que deben ser informados al paciente antes de ejecutar un acto médico determinado. Los riesgos que son previsibles y hasta probables, no pueden ser cargados al médico, siempre y cuando hayan sido informados al paciente pues, se dice que estos son probablemente inevitables y que son propios de la condición que mantiene el paciente.<sup>105</sup> Por otro lado, puede darse el caso en que el médico, en la prestación del servicio cree un riesgo aislado, extraordinario a la condición del paciente y los factores exógenos, lo que puede traer como resultado un desenlace desafortunado constitutivo de hechos dañosos para el paciente. De esto se trata el deber de mitigar los riesgos.

Cuando se vulnera este deber, se pueden generar perjuicios desproporcionados a la ejecución del acto médico que se estaba prestando y, por tanto, comprometer la responsabilidad del galeno. Esto pasa, por ejemplo, cuando se somete al paciente a una intervención quirúrgica innecesaria que resulta en perjuicios, sin que el paciente fuese debidamente informado de las posibles complicaciones. Aquí, podría comprometerse la responsabilidad del galeno por el incumplimiento del deber de informar al paciente, así como por la creación de un riesgo excesivo. Por supuesto, habrá que hilar fino al momento de comprobar el nexo de causalidad entre la creación del riesgo exacerbado y el perjuicio en la salud ocasionado pues, la ciencia médica es inexacta y se deberá comprobar que lo generado no era imprevisible, sino evitable.

---

<sup>105</sup> Sentencia del 6 de diciembre de 2005. Cámara Nacional Federal de Argentina.

Así, existe una diferencia entre los riesgos que son inherentes a un acto médico preciso, que son debidamente informados y aceptados por el paciente a los riesgos que crea el cuerpo médico por el defectuoso cumplimiento de la *lex artis ad hoc*. Los primeros, son riesgos inevitables que no pueden trasladarse de la cabeza del paciente, pero los segundos, sí pueden ser trasladados si se comprueba el nexo de causalidad entre la creación del riesgo y el hecho dañoso desproporcionado que ha sufrido el paciente.

## **V. ACTOS QUE PUEDEN COMPROMETER LA RESPONSABILIDAD DEL GALENO**

Dentro de la ejecución del servicio médico, encontraremos ciertos actos clave para preservar la salud del paciente. Estos momentos marcan la pauta a seguir en la relación médico-paciente, por lo que es imperante que el médico, al ejecutarlos, actúe de conformidad con sus deberes para que la relación de tacto sucesivo no se vea mermada por una falla en la prestación. Estos actos, por la trascendencia que tienen en la relación, pueden comprometer la responsabilidad del galeno. Así, veremos brevemente el diagnóstico y el tratamiento.

### **A. El diagnóstico**

El diagnóstico consiste en la averiguación que hace el médico, valiéndose del examen de los síntomas del paciente, para tratar de establecer la índole y caracteres de la enfermedad que lo aqueja y sus causas determinantes. Se trata de un juicio que hace

el galeno sobre la dolencia del paciente, que establece a través de síntomas detectados en la fase de investigación previa y constituye una guía de orientación para realizar el tratamiento más conveniente y determinar la prognosis o pronóstico de la enfermedad.<sup>106</sup> Para ser completo, el diagnóstico presupone establecer y valorar el trastorno funcional, la localización y naturaleza de la lesión, la patogenia y etiología, estudiando de igual forma las particularidades de cada paciente y la manifestación de sus dolencias.<sup>107</sup> Por lo anterior, se entiende que el diagnóstico es de fundamental importancia en la relación médico-paciente y constituye un acto que puede comprometer la responsabilidad del médico si se omite, se hace de forma errónea o inclusive, tardía. Esto, porque el diagnóstico se da al inicio de la relación médico-paciente y, como constituye la base para el tratamiento posterior, puede generar perjuicios si no se da de forma adecuada. Ahora bien, no se debe pensar que, por cualquier error en el diagnóstico, existe automáticamente responsabilidad en el paciente. Y es que, “no tiene el médico prohibido errar, ni siempre el error acarrea responsabilidad. Pero no puede errar por culpa, esto es, por comodidad, por ligereza, por falta de estudio, por carencia de exámenes, por falta de preparación técnica, entre otros múltiples factores”<sup>108</sup> Así, el diagnóstico constituye un acto fundamental que ciertamente puede comprometer la responsabilidad del galeno, pero no a toda costa,

---

<sup>106</sup> MARCELO LÓPEZ MESA. LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. RESPONSABILIDAD DE LOS SANATORIOS Y HOSPITALES EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. DERECHO COMPARADO. 190-191 (Editorial B de F, 2016)

<sup>107</sup> SISINIO CASTRO DEL POZO. LECCIONES DE PATOLOGÍA GENERAL. 10 (Gráficas Cervantes, Tomo I, 1975)

<sup>108</sup> ARNALDO RIZZARDO. RESPONSABILIDAD CIVIL. 327 (Editorial Forense)

sino solo cuando exista un descuido objetivamente inexcusable que lleva al paciente a cargar con hechos dañosos en su salud.

## **B. El tratamiento**

Una vez el médico descubre el origen, estado y caracteres del padecimiento del paciente, buscará preservar o recuperar el estado de su salud con un tratamiento adecuado. El tratamiento constituye la suma de los medios a emplearse para la conservación de la vida o, para el alivio del dolor del paciente.<sup>109</sup> Podemos decir que el tratamiento hace parte de un proceso dinámico en la preservación de la salud. Esto, en la medida en que se haya sujeto a múltiples alternativas por lo que es posible que haya avances y retrocesos, los cambios de diagnóstico y de terapia. En este momento, vale recordar que en materia médica no existen fórmulas matemáticas exactas que indiquen que, ante un padecimiento específico, existe un tratamiento que funciona el 100% de las veces en cualquier paciente. La práctica médica está rodeada de factores exógenos que pueden alterar el estado de salud del paciente, así como también hay que tomar en cuenta los factores subjetivos del paciente porque, ni todos los pacientes pueden tomar los mismos medicamentos, ni estos tendrán el mismo grado de efectividad en todos los casos. Por lo anterior si bien el tratamiento puede comprometer la responsabilidad del galeno, esto solo es posible en la medida en que el profesional de la salud ha recomendado un tratamiento equívoco por error grave e

---

<sup>109</sup> JOSÉ DE AGUILAR DIAS. TRATADO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. TOMO I. 331 (Editorial José M. Cajica, 1957)

inexcusable.<sup>110</sup> Así, si consta en el historial clínico de un paciente que este es alérgico a la aspirina y luego el médico le receta un medicamento que contiene aspirina, se podría pensar que el médico ha incurrido en un tratamiento equívoco, que puede traer perjuicios al paciente. Por otro lado, si al hacer el juicio diligencia-negligencia se descubre que el tratamiento utilizado era aceptable a la luz de la *lex artis ad hoc*, no podrá decirse que hay negligencia médica.

## **VI. LA CULPA MÉDICA**

Tal y como ocurre en los casos tradicionales de responsabilidad civil, es imperante que exista un factor de atribución para que se genere la obligación de responder. Sin embargo, la forma en la que vemos este factor puede variar dependiendo de la situación en la que nos encontremos. Por ello, en materia de responsabilidad médica, no puede hablarse de culpa como factor de atribución sin adecuarla a las particularidades de la praxis médica. Así, es momento de hablar de la configuración de la culpa médica como factor de atribución en la responsabilidad profesional del galeno. Para abarcar esto, veremos la noción general de culpa médica y las modalidades en las que se da.

### **A. Noción de culpa médica**

La culpa como factor de atribución hace referencia a la idea de que una persona ha obrado con negligencia, imprudencia o impericia y, a consecuencia de este obrar ha

---

<sup>110</sup> FÉLIX ALBERTO TRIGO REPRESAS. PÉRDIDA DE CHANCE. 155-156 (Editorial Atrea, 2008)

generado un hecho dañoso. Como hemos visto, la configuración de la culpa implica un juicio de valor sobre la diligencia o negligencia de la persona, el cual puede medirse con el estándar de una persona razonable promedio. Por supuesto, este estándar puede variar dependiendo de la situación que se trate. Así, no puede medirse el mismo estándar para un abogado y un médico, por ejemplo, porque cada uno ha adquirido conocimientos y técnicas sobre una materia específica, lo que hace que el estándar de conducta exigible varíe en función del profesional que se trate y de igual forma, la diligencia que se puede esperar de él.

Así, para que se genere la obligación de responder en el campo de un profesional de la salud, es necesario que se configure la denominada culpa médica. Esta equivale al incumplimiento o defectuoso cumplimiento de la *lex artis ad hoc*, concebida como criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina, que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos y exógenos, para calificar dicho acto como conforme o no con la técnica normal requerida.<sup>111</sup>

De esta noción, pueden desprenderse varios elementos. El primero, es que, para efectos de la responsabilidad médica, siempre habrá que tener como referente a la *lex artis ad hoc*, pues ella constituye el marco de diligencia exigible para el galeno, es decir, esta es “la diligencia de un buen padre de familia” o la de la “persona razonable

---

<sup>111</sup> JULIO CESAR GALÁN CORTÉS. RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA 218 (Editorial Arazandi, S.A.U., Séptima Edición, 2020)

promedio” adecuada a la diligencia profesional que debe esperarse de un médico. De igual forma, de esta *lex artis ad hoc*, se desprende la guía de distintas obligaciones, actos y prácticas que constituyen el deber ser del comportamiento galénico en un determinado momento y lugar; lo que engloba, precisamente, las obligaciones que hemos visto con anterioridad (deber de informar, de asistencia, actuación diligente, etc.). Y, cuando el galeno incumple con estas obligaciones compromete su responsabilidad a título de culpa médica y, dependiendo de lo pedido y probado en un juicio, podría generarse la obligación de responder. Otro elemento a tener en cuenta es la necesidad de medir la diligencia en función de las condiciones particulares del galeno. Por ejemplo, no puede medirse la técnica empleada por un cirujano con la que debería emplear un anestesiólogo porque, cada uno tiene conocimientos, obligaciones y técnicas particulares que deben ser tomadas en cuenta. Entonces, al hacer el juicio diligencia o negligencia en el campo de la medicina, este deberá estar basado en la *lex artis ad hoc* del profesional específico de la salud porque, solo así podrá determinarse si existe un incumplimiento suficientemente capaz de atribuir culposamente un hecho dañoso a un médico.

### **B. Modalidades de la culpa médica**

Tal y como vimos cuando hablamos de culpa como factor de atribución en la responsabilidad civil tradicional, esta puede manifestarse de diferentes formas. Estas son la impericia, imprudencia y negligencia. La forma en la que se manifiesta,

también en la responsabilidad médica, depende de la actuación u omisión que haya habido:

- a) Si un médico comete un error por desconocimiento o inexperiencia en la ejecución del acto médico que practica, puede decirse que hay *impericia*. Así, esta constituye la falta de sabiduría, conocimientos técnicos, experiencia y habilidad en el ejercicio de la medicina. En este caso, se observa que la impericia compromete la responsabilidad del galeno en la medida en que obrar errado por desconocimiento tiene una gran incidencia en el tratamiento y ejecución del acto médico, lo que puede desprender en eventos que generen hechos dañosos en los pacientes.
- b) Si un médico efectúa un procedimiento sin contar con los instrumentos, elementos médicos o infraestructura adecuada, puede decirse que ha actuado con *imprudencia*. Así, esta hace referencia a la ejecución de actos médicos mediando ligereza y sin tomar las adecuadas precauciones. En estos casos, actuar con imprudencia va en contra de las virtudes que deberían caracterizar a los médicos. Sin embargo, la responsabilidad del galeno no se comprometería si el médico actúa sin los instrumentos necesarios, por no tenerlos disponibles, cuando el paciente se encuentra en estado de urgencia.
- c) Si un médico obra con descuido, falta de cuidado, y con ello no emplea los medios conocidos y disponibles en la prestación del servicio de la salud, puede decirse que ha obrado mediando *negligencia*. Así, cada vez que el profesional, teniendo los medios disponibles para preservar la salud, ejerza

una conducta que se desvíe de las obligaciones que debe ejecutar, vulnerará la *lex artis ad hoc* y con ello, comprometerá su responsabilidad a título de negligencia.<sup>112</sup>

Para efectos de este proyecto de investigación, nos enfocaremos en la negligencia como modalidad de la culpa. Y es que, veremos cómo cuando un médico no ejecuta o ejecuta defectuosamente las obligaciones y actos que le son inherentes, infringe la *lex artis ad hoc* y, desencadena una serie de eventos desafortunados que resultan en hechos dañosos constitutivos de perjuicios como la pérdida de una oportunidad.

Antes de finalizar esta sección, queremos dedicar una breve explicación al concepto de *iatrogenia*. Esta está conceptualizada como un daño provocado por una droga, procedimiento médico o quirúrgico, que el médico administra o realiza dentro de una indicación correcta y que produce una alteración del estado del paciente. En esa línea, es el médico quien produce un resultado no deseado en la salud del paciente, pero este resultado no le es imputable jurídicamente al galeno.<sup>113</sup> La razón de esto último puede desprenderse de su propia definición; y es que, la acción u omisión que produce el hecho dañoso es generada dentro de una indicación correcta, lo que quiere decir que el médico no ha actuado con negligencia, sino que el resultado dañoso proviene de hechos imprevistos, imprevisibles o inevitables. Entonces, si en la prestación del servicio médico se produce un resultado no deseado bajo un proceder

---

<sup>112</sup> SERGIO YEPES RESTREPO. LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA 82-83 (Editorial Diké y Editorial Universidad Santiago de Cali, 10ª Edición, 2020)

<sup>113</sup> MARCELO LÓPEZ MESA. LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. RESPONSABILIDAD DE LOS SANATORIOS Y HOSPITALES EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. DERECHO COMPARADO. 343 (Editorial B de F, 2016)

adecuado a la *lex artis ad hoc*, no puede decirse que existe un factor atribuible de culpa médica.

De todo lo anterior expuesto, podemos concluir que para que se genere la obligación de responder por la prestación de un servicio médico, debe necesariamente configurarse la denominada culpa médica, pues esta funciona como factor de atribución indicativo de un defectuoso cumplimiento de la *lex artis ad hoc* como medida de diligencia de un médico. Así, el juicio diligencia o negligencia médica está basado en la comparativa de si las obligaciones que un médico especializado debía emplear, en el momento, en efecto se cumplieron, o si hubo un obrar descuidado por parte del médico que tuvo influencia en el desenlace de los hechos dañosos que sufre o sufrió el paciente en su salud. Es importante que lo anterior se haga porque, en procesos de responsabilidad médica el tribunal debe colocarse *ex ante* y no *ex post facto*, es decir, quien pretende analizar si se configura o no la culpa médica debe colocarse en el día y la hora en que los profesionales del nosocomio debieron tomar una decisión, ver cuál era entonces el cuadro del enfermo y cuáles eran los elementos con que contaban o podían contar los galenos.<sup>114</sup> Y lo anterior, solo es factible en la medida en que la reconstrucción del paso se hace midiendo las obligaciones que tenía un determinado médico a la luz de la *lex artis ad hoc*.

Por supuesto, es imperante que lo anterior sea materializado en un juicio a través de la columna vertebral del proceso, la prueba, pero esto lo analizaremos más adelante.

---

<sup>114</sup> MARCELO LÓPEZ MESA, RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA Y PÉRDIDA DE CHANCE DE CURACIÓN (La “mala praxis médica” y el reclamo por la no recuperación de la salud o el agravamiento de la enfermedad). Revista de Derecho de Daños 7, 34 (2008). Atribución de responsabilidad del médico.



**PARTE II: EVALUACIÓN DE LA PÉRDIDA DE  
OPORTUNIDAD EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA**

## **CAPÍTULO IV: PERJUICIOS POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA**

Es más fácil estudiar los hechos dañosos una vez entendido cómo estos se pueden generar. Por ello, este proyecto de investigación ha tomado una perspectiva progresiva; así, hemos visto los elementos esenciales de la responsabilidad civil, a fin de entender cómo la pérdida de oportunidad figura en ella, para después revisar brevemente los elementos inherentes de la praxis médica y cómo la falta de estos puede acarrear responsabilidad, por lo que ahora es menester analizar la propia figura objeto de estudio en este campo.

Para ello, este capítulo estará dedicado a entender cuál es la diferencia de la pérdida de chance en el campo de la responsabilidad médica de la tradicional, cuáles son los requisitos para que exista un perjuicio por pérdida de oportunidad en el campo de la salud y, por último, cuáles son estos perjuicios propiamente como tal.

### **I. DIFERENCIA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA CON LA CHANCE TRADICIONAL**

Anteriormente, concluimos que la pérdida de oportunidad en el campo de la responsabilidad civil es un tema de la extensión del hecho dañoso y que, por tanto, constituye un perjuicio que tiene por objeto la frustración de la posibilidad de obtener un beneficio económico o evitar una pérdida y que se produce a consecuencia de la culpa de un agente.

Sin embargo, como debemos enfocarnos en la relación que existe entre la pérdida de chance y la responsabilidad médica, es menester diferenciar la chance tradicional de la que puede apreciarse en casos de responsabilidad médica. Para ello, se debe tomar un poco de cada lado, pero mantener la esencia de la figura, es decir, se debe adaptar la noción de pérdida de oportunidad a los casos de responsabilidad médica.

En este ámbito, los casos objeto de estudio no hacen referencia al caballo que no pudo llegar al hipódromo a competir, ni al abogado que dejó pasar los términos para interponer un recurso, ni al comerciante que perdió la oportunidad de explotar su negocio, sino más bien a los casos indiscutiblemente complejos en los que un enfermo alega que, por negligencia de su galeno o del sanatorio en el que se encontraba, ha perdido la chance de recuperarse de su padecimiento o inclusive de sobrevivirlo.

En estos últimos casos, se prevé que el paciente viene con una afección o enfermedad y, en todo caso, el obrar negligente del médico priva al paciente de las probabilidades de curación o mejoría que tenía. Desde esta conceptualización, debe tenerse en cuenta que las indemnizaciones que se otorguen deberán ser fijadas en relación a la frustración de la chance y no en base al daño efectivamente sufrido (la muerte o la incapacidad, por ejemplo).<sup>115</sup> Lo anterior, porque en estos casos, a diferencia de los de la chance tradicional, el paciente ya venía con una afección, y, al mismo tiempo, se encuentra en un estado en donde su recuperación no depende solo del trato del

---

<sup>115</sup> JUAN MABUEL PRÉVÔT Y RUBÉN ALBERTO CHAIA. PÉRDIDA DE CHANCE DE CURACIÓN. 59 (Editorial Astrea, 2007)

médico, sino de factores endógenos y exógenos, lo que constituye la presencia de un álea. En estos casos, se estudia la relación de causalidad entre la negligencia del médico y la frustración de la posibilidad de curarse o de mejorar. Así, en sentido práctico, si un paciente se muere, no se estudia la relación entre la negligencia médica y la muerte, sino entre la negligencia del galeno y la frustración de la posibilidad de sobrevivir.

En esa línea, debemos recordar que existen dos tipos de pérdida de chance, el lado positivo o “chance de gain” y el lado negativo o “chance d’éviter un perte”. El perjuicio por pérdida de oportunidad en casos de responsabilidad médica orbita, sin duda alguna, en el lado negativo. Esto, en virtud de que en estos casos ya el paciente viene con una afección en su salud, pero tiene probabilidades de curarse o mejorarse. Entonces, el paciente se encuentra en un curso causal con probabilidades de evitar una situación desfavorable, lo que lo orbita en el lado negativo.

En cuanto al contenido de este tipo de pérdida de oportunidad, la doctrina ha desarrollado dos posibilidades; (1) pérdida de oportunidad de curación o mejoría y (2) pérdida de oportunidad de sobrevivir.

#### **A. Pérdida de oportunidad de curación**

La pérdida de oportunidad de curación trata los casos en los que un paciente que ya viene con una afección ve frustrada la probabilidad de curarse o de no empeorar su estado, a consecuencia de la defectuosa o escasez de actuación del médico. Así, se

prevé que ya el paciente viene sumergido en un curso causal negativo y lo que tiene es la probabilidad de que este curso causal sea interrumpido por el galeno y pueda mejorarse o recuperarse de su enfermedad. Es cuando este curso causal no es interrumpido que el paciente sufre una lesión severa en su salud y se dice que ha sufrido la pérdida de oportunidad de curarse o mejorarse.<sup>116</sup> Estas son situaciones en las que la enfermedad o lesión que tenía la persona suele agravarse por la deficiencia en la actuación del galeno. Ahora bien, vale recordar que el médico no está obligado a curar al paciente por la naturaleza de su obligación (de medios), por lo que no puede pensarse que la sola falta de interrupción del curso causal desfavorable acarrea responsabilidad para el doctor. Y es que, para que exista responsabilidad, la falta de interrupción debe venir acompañada de la culpa médica y debe existir un nexo de causalidad entre la frustración de la posibilidad de mejorarse y la culpa médica.

### **B. Pérdida de oportunidad de sobrevivir**

La pérdida de oportunidad de sobrevivencia trata los casos en los que el paciente está sumergido en un curso causal negativo, en el que su salud se encuentra comprometida y depende de que este curso causal sea interrumpido a tiempo para que la invalidez o la muerte no se produzcan.<sup>117</sup> Cuando el curso no es interrumpido, el paciente generalmente muere y se dice que ha perdido la oportunidad de

---

<sup>116</sup> LUIS FELIPE GIRALDO GÓMEZ. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL. SU APLICACIÓN EN EL CAMPO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. 302 (Universidad Externado de Colombia, 2ª ed., 2018)

<sup>117</sup> Id, p. 288

sobrevivir. Vale aclarar que, en estos casos, la vida o la no-invalidez ya se encontraban comprometidas por causas preexistentes y lo que ha ocasionado el médico es que el paciente pierda las probabilidades de sobrevivir o de no quedar inválido.<sup>118</sup> Así como en los casos por pérdida de oportunidad de curación, el álea viene inserta en la situación y el paciente se encuentra en un curso causal negativo reducido a probabilidades. La diferencia entre uno u otro es el resultado que tiene la frustración de la probabilidad ya que, en estos casos la extensión del hecho dañoso produce la muerte o la invalidez del paciente, mientras que en la pérdida de oportunidad de curación se agrava la lesión que ya mantenía el paciente. Aun así, es imperante que exista nexo de causalidad entre la frustración de la probabilidad de sobrevivir y la culpa médica y, para ello, habrá precisamente que demostrar que el paciente tenía, en efecto, probabilidades de sobrevivir.

De lo anterior, puede concluirse que la pérdida de oportunidad en casos de responsabilidad médica orbita en el lado negativo de la figura. Adicionalmente, que en estos casos el paciente se encuentra sumergido en un curso causal negativo que de por sí puede generar un resultado desfavorable, pero que ciertamente mantiene probabilidades cualificadas de que este curso sea interrumpido por una correcta actuación del galeno. Y es que, como en toda figura de pérdida de oportunidad, coexisten en estos casos elementos de certeza e incertidumbre; certeza en la existencia de probabilidades del paciente de recuperarse e incertidumbre de que, de

---

<sup>118</sup> FRANÇOIS CHABAS. LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD ('CHANCE') EN EL DERECHO FRANCÉS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. 8 Revista del Instituto Anitioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado 67 (2000) (Pérdida de oportunidad de sobrevivir)

aún si el médico hubiese actuado negligentemente el paciente se hubiese recuperado, sobre todo en casos de responsabilidad médica en donde no existe una fórmula matemática para curar todo tipo de enfermedad.

Cuando se reconoce el elemento de incertidumbre en la pérdida de chance de curación o de sobrevivencia, es común preguntarse si esta verdaderamente constituye un perjuicio susceptible de ser indemnizado. Aunque válida la preocupación, somos de la opinión que sí debe indemnizarse este perjuicio en casos de responsabilidad médica, por el hecho de constituir un instrumento jurídico eficaz para repartir proporcionalmente la responsabilidad entre la víctima y el agente. Y es que, debe recordarse que la responsabilidad civil se encarga de trasladar el daño de cabeza porque quien lo sufre no se encuentra en deber de soportarlo. Entonces, si existe una culpa médica con un nexo de causalidad suficiente para creer que esta ha hecho perderle al paciente la oportunidad de curarse de su enfermedad, debe trasladarse proporcionalmente la responsabilidad del perjuicio al agente que lo causó. Lo contrario, sería hacer cargar a la víctima el 100% del detrimento<sup>119</sup> y encima, dejar pasar la negligencia médica impune. Entonces, como los casos de pérdida de chance buscan indemnizar no la curación entera de la enfermedad ni la muerte del paciente, sino la frustración de las probabilidades que tenía de lograr aquello, la indemnización es proporcional a las probabilidades frustradas y el perjuicio no se cargará enteramente a la cabeza de uno u otro.

---

<sup>119</sup> JUAN MABUEL PRÉVÔT Y RUBÉN ALBERTO CHAIA. PÉRDIDA DE CHANCE DE CURACIÓN. 61 (Editorial Astrea, 2007)

## **II. REQUISITOS PARA QUE SE CONFIGURE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN CASOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA**

Una vez hecho un vistazo del contenido y razón de la reparación de los casos de pérdida de chance en responsabilidad médica, es menester evaluar los requisitos para que una situación de este calibre sea susceptible de ser indemnizada. Para ello, se tomarán elementos esenciales a la existencia de la figura, y los casos clásicos de responsabilidad médica, lo que trae como resultado los siguientes requisitos: (A) la existencia de chances de recuperación y/o sobrevivencia del paciente, (B) la configuración de la culpa médica y (C) la acreditación del nexo causal entre la culpa médica y la chance frustrada.

### **A. Existencia de chances de recuperación y/o sobrevivencia del paciente**

En un sentido general, para que la pérdida de oportunidad sea considerada un perjuicio susceptible de ser indemnizado es menester que la chance sea cierta y no ilusoria. Esto es, que la chance aparezca no solo como posible sino como probable que se hubiera producido efectivamente, de no darse el hecho dañoso. Solo así será entonces indemnizable, en cuanto a su posibilidad de realización y no al monto total reclamado.<sup>120</sup> En casos de responsabilidad médica, se busca que el paciente, sumergido en el curso causal negativo, tenga probabilidad de evitar el detrimento.

---

<sup>120</sup> MARCELO LÓPEZ MESA, RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA Y PÉRDIDA DE CHANCE DE CURACIÓN (La “mala praxis médica” y el reclamo por la no recuperación de la salud o el agravamiento de la enfermedad). Revista de Derecho de Daños 7, 19 (2008). Chances ilusorias o perdidas.

Esto es, que tenga posibilidad de recuperarse de la enfermedad, lo que resulta necesario pues lo indemnizable en estos casos es la probabilidad de recuperación perdida y no el resultado final.

Para determinar esto, hay que tener en cuenta condiciones objetivas y subjetivas; objetivas, en cuanto a la posibilidad científica de que ese detrimento es susceptible de ser revertido y subjetivas, en cuanto a las condiciones propias del paciente al momento en que acude al médico para atenderse. Por otro lado, si se demuestra que la predisposición del paciente excluía la probabilidad de curarse, no resultará necesario adentrarse en juicio de culpabilidad,<sup>121</sup> puesto que no existían chances frustradas indemnizables.

Así, para que pueda pensarse que una situación es susceptible de ser indemnizada a título de chance frustrada, debe demostrarse que en efecto existía una chance que frustrar y que, el paciente, aún con su afección, tenía probabilidades de evitar que el curso causal se convirtiera en un resultado desfavorable.

### **B. La configuración de culpa médica**

En casos de responsabilidad civil tradicional, se prevé que debe existir un factor de atribución para trasladar de cabeza el perjuicio y que, uno de estos factores es la desviación del estándar de conducta exigible, es decir, la culpa. Por otro lado, en los casos de responsabilidad médica, hemos visto que para que surja el deber de

---

<sup>121</sup> JUAN MABUEL PRÉVÔT Y RUBÉN ALBERTO CHAIA. PÉRDIDA DE CHANCE DE CURACIÓN. 128 (Editorial Astrea, 2007)

responder para un galeno, es imperante que este haya realizado un defectuoso cumplimiento en sus obligaciones, desviándose de la *lex artis ad hoc* y configurando la denominada culpa médica. Este es un requisito que debe prevalecer en los casos en los que el paciente alega que la interrupción del curso causal lo ha hecho perder la posibilidad de curarse o sobrevivir. En estos casos, lo que sucede es que el médico, a través de una acción inadecuada u de omisión negligente, se desvía de la conducta exigible medida por la *lex artis ad hoc*, por lo que se dice que ha actuado con culpa.

En seguimiento a lo anterior, vale recordar que esta culpa médica no debe estar medida en cuanto a si el médico curó o no al enfermo, porque la obligación del médico es esencialmente de medios, pero sí debe medirse si este brindó el cuidado y tratamiento adecuado al paciente, conforme a los conocimientos de la ciencia de la medicina en ese momento. Así, el mero hecho de que el paciente ha perdido las chances de curarse de su enfermedad o sobrevivirla no genera automáticamente la configuración de la culpa médica, ya que ello solo es verificable haciendo el juicio diligencia o negligencia del trato brindado por el galeno desde que recibe al paciente hasta el hecho dañoso.

Por lo anterior, para que pueda solicitarse la indemnización de pérdida de oportunidad de curación o sobrevivencia, se debe probar la existencia de una atención negligente e inadecuada por el médico, según el estado del paciente, sus conocimientos específicos y la *lex artis ad hoc* en ese momento.

### **C. Relación de causalidad entre la culpa médica y la chance frustrada**

Para que un perjuicio pueda ser trasladado de la cabeza de quien lo sufre al que lo causó, debe existir una buena razón para ello. En el mundo jurídico, esto se materializa a través del nexo causal que existe entre una acción u omisión humana, antijurídica, y la causación de un hecho dañoso. En materia de pérdida de chance en casos de responsabilidad médica, esta acción u omisión se materializa en forma de culpa médica, que a su vez debe estar estrechamente relacionada con la frustración de la chance de sobrevivir, mejorarse o curarse. Así, en un juicio de responsabilidad civil debe comprobarse que existe una íntima relación entre la conducta (acción u omisión culposa) y la pérdida de chance de curación o sobrevivencia del paciente.<sup>122</sup>

Esta relación de causalidad, reiteramos, debe darse entre la culpa médica y la pérdida de chance, no del perjuicio final efectuado, en virtud de la autonomía del perjuicio que constituye la chance. Porque la pérdida de estas chances constituye un perjuicio independiente del perjuicio final (dígase la muerte o la invalidez, por ejemplo). Dicho de otra manera, desaparecer las chances de curación no es un “semihomicidio” culposo, o “lesiones culposas”, es otro perjuicio, autónomo e independiente, capaz de generar la obligación de responder.<sup>123</sup>

---

<sup>122</sup> JUAN MANUEL PRÉVÔT Y RUBÉN ALBERTO CHAIA. PÉRDIDA DE CHANCE DE CURACIÓN. 66 (Editorial Astrea)

<sup>123</sup> AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI. REPARACIÓN DE LA “CHANCE” DE CURACIÓN Y RELACIÓN DE CAUSALIDAD ADECUADA. 221, 227 Revista de Derecho de Daños (2008). Posición doctrinal de François Chabas.

Así, para que se pueda hablar de pérdida de oportunidad de curación o de sobrevivencia, debe verificarse en primer lugar, que el paciente tenía probabilidades de curarse de su detrimento o de sobrevivirlo, pero que la actuación culposa del médico generó la frustración de estas, de forma irreversible.

### **III. PERJUICIOS POR PÉRDIDA DE CHANCE EN CASOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA**

Una vez determinado cómo se puede identificar cuándo un galeno compromete su responsabilidad y cuáles son los elementos que son requeridos para que se genere la obligación de responder por pérdida de chance, es menester analizar los casos más comunes que dan lugar a perjuicios de pérdida de oportunidad. Vale partir de la premisa de que, para que en un caso de responsabilidad médica pueda hablarse de pérdida de chance curación y/o de sobrevivencia, resulta imperante que el paciente ingrese a la atención del galeno con un curso causal desfavorable iniciado, pero que dependa, entre otros, de la actuación diligente del galeno para evitar este resultado. Y será cuando el médico no actúa de forma diligente, pudiendo hacerlo que se interrumpe este curso causal, frustrando la chance de recuperación y/o de sobrevivencia. A fin de materializar lo anterior con incumplimientos obligacionales que tienen los galenos, haremos primero una distinción de lo que creemos se denomina erróneamente “pérdida de oportunidad de decidir”; pero, posteriormente, veremos cómo un error de diagnóstico y una falla en la prestación de servicio médico

si pueden generar situaciones resarcibles de pérdida de chance de curación y/o de sobrevivencia.

#### **A. Una distinción: la mal denominada pérdida de oportunidad de decidir**

De entre los tipos de perjuicios que pueden ser considerados pérdida de chance de curación o sobrevivencia, resalta uno a la vista denominado “pérdida de oportunidad de decidir”. El origen de este perjuicio lo conlleva la omisión de la obligación del médico de brindar información y, por consiguiente, la falta de consentimiento informado por parte del paciente.

Como hemos visto anteriormente, el consentimiento informado constituye un derecho personalísimo del paciente, mediante el cual este toma una decisión libre, voluntaria y consciente respecto a su sumisión o rechazo de una actuación específica que tenga incidencia en su estado de salud. De igual forma, recordaremos que para que el paciente pueda emitir este consentimiento, resulta primordial que el galeno lo haya puesto en conocimiento acerca de las patologías y riesgos previsibles que puedan llevar una determinada actuación. Así, puede entenderse que cuando este consentimiento falta y los riesgos previsibles se materializan, la actuación del galeno se compromete. A esto, por supuesto, vale hacer la salvedad de que al hacer la verificación de si se compromete la responsabilidad, debemos colocarnos ex ante la ejecución del acto médico y analizar si, pese a no ser consentida válidamente la intervención, esta era la única o la mejor opción para el paciente ya que, “ningún

daño debe ser reparado cuando el beneficio de una práctica médica resulta ser, en definitiva, superior a los problemas derivados de la realización de sus riesgos, como sucede, por ejemplo, si el paciente ha mejorado indiscutiblemente, o si, en el caso dado, no habría otra opción posible que no fuera llevar a cabo la operación”.<sup>124</sup> Contrario sensu, si el paciente no fue debidamente informado de su estado, riesgos, patología y tratamientos y se materializan perjuicios consecutivos de la ejecución de un acto que no era estrictamente necesario, la vulneración del deber de dar información constituirá un perjuicio.

Ahora bien, hay quienes argumentan que la falta de consentimiento informado compromete la responsabilidad a título de chance frustrada. Quienes dicen aquello, alegan que la responsabilidad del galeno se compromete cuando hay escasez de consentimiento informado respecto a un tratamiento y se acredita (con certeza o con un grado de probabilidad cualificado) que el paciente habría rechazado la intervención de haber recibido una información asistencial suficiente. En estos casos, se hace un cálculo o un “juicio dentro del juicio”; es decir, se parte de la primera hipótesis de que, si el paciente hubiese estado debidamente informado, se hace un segundo juicio hipotético sobre lo que el mismo hubiera decidido. Así, el resarcimiento sería parcial y proporcional a la probabilidad de que el paciente hubiese rechazado el procedimiento médico.<sup>125</sup> En casos en los que este juicio dentro del

---

<sup>124</sup> FÉLIX ALBERTO TRIGO REPRESAS. PÉRDIDA DE CHANCE. 202 (Editorial Astrea, 2008)

<sup>125</sup> DAVINIA CADENAS OSUNA. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA. 356-357 (Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Primera Edición, 2018)

juicio ha sido posible, encontraremos jurisprudencia que establezca condena por falla en la administración de servicio, por ejemplo, falla que “no consiste en falencia de la atención diligente y científica, sino por la omisión en el deber de información al paciente, hecho que le impidió optar por someterse o rehusar la intervención médica y con ello **perdió la oportunidad de no resultar afectado por una intervención que podía aceptar o no**”.<sup>126</sup>

A pesar de lo anterior expuesto, somos de la opinión que la falta de otorgar el consentimiento informado si bien constituye una vulneración y un hecho dañoso, esta *no debe ser considerada parte del perjuicio de pérdida de chance, y que, por ende, no debe existir una pérdida de oportunidad de decidir*. La razón es bastante lógica. Otorgar el consentimiento informado constituye un derecho personalísimo del paciente y una obligación de obtenerlo por parte del galeno. Esto es algo muy distinto a una probabilidad cualificada de evitar un detrimento, de hecho, esta es una obligación que debe necesariamente pasar, aunque la persona no tenga oportunidades de evitar un resultado dañino en su salud. Por ende, no puede verse el consentimiento como una chance de decidir, sino como una expresión de voluntad que no debe faltar salvo casos de extrema urgencia. Y es que, el paciente no está en una situación en la que se le da la oportunidad de decidir para evitar un mal, sino que tiene derecho a conocer los riesgos previsibles y tratamientos posibles para preservar su salud. Este es un resultado parcial exigible.

---

<sup>126</sup> Sentencia del 24 de enero de 2002. Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

A lo anterior se adiciona que, inclusive habiendo otorgado el consentimiento para un tratamiento específico, el paciente que tiene chances de evitar su detrimento con el tratamiento consentido no depende solo de las buenas prácticas del galeno, sino también de la respuesta a este, de su idiosincrasia y eventos de la naturaleza, es decir, de factores exógenos y endógenos. Entonces, no es la voluntad de las partes la que define si el perjuicio se hubiese evitado, sino el azar.

Y es que, las situaciones de pérdida de chance se escapan de la voluntad del paciente y lo que se haría, de estudiarlas bajo esta perspectiva, sería especular y calcular sobre la decisión que la víctima habría tomado en toda libertad. Y esto, consieramos que resulta un juicio hipotético que se aleja de los principios de la responsabilidad civil pues, es disfrazar de perjuicios situaciones para otorgar indemnizaciones sin haber verificado los elementos propios de responsabilidad.

Para finalizar, queremos resaltar que, si bien creemos que la negativa de este derecho sí constituye, sin lugar a dudas, una vulneración en la autonomía del paciente y un hecho dañoso que puede desencadenar en perjuicios, estos perjuicios no son los de la pérdida de oportunidad. Y esto, sencillamente, por la importancia y necesidad del consentimiento informado y porque no se constituyen los elementos de una situación de pérdida de chance.

## **B. El error y/o la mora en el diagnóstico**

Como vimos anteriormente, el diagnóstico forma parte del procedimiento fundamental que realiza el galeno de averiguación de la patología del paciente, a fin de poder determinar un tratamiento adecuado y más conveniente en aras de preservar su salud. De igual forma, dijimos brevemente que este acto puede comprometer la responsabilidad del galeno. La forma en la que lo compromete puede materializarse en la medida en la que el galeno falla en determinar correctamente la dolencia que padece el paciente, lo que constituiría un error de diagnóstico propiamente dicho.<sup>127</sup> De igual forma, la demora en diagnosticar correctamente el padecimiento del paciente puede tener gran incidencia en la interrupción del curso causal ya iniciado. Lo anterior, porque a diagnóstico y tratamiento oportuno, mayor probabilidad de curación y/o sobrevivencia. Estos errores y la mora, por el momento de atención y la importancia que tienen, pueden generar perjuicios en el paciente constitutivos de pérdida de chance de curación y/o de sobrevivencia.

Ahora bien, antes de ver cómo un error o diagnóstico tardío lleva a la pérdida de chance, vale hacer ciertas consideraciones. La primera, es que no todo error de diagnóstico compromete la responsabilidad del médico. Y es que, como hemos comentado, la medicina no es una ciencia exacta y el médico no tiene prohibido errar, por lo cual, lo procedente en estos casos es delimitar dónde termina la duda o

---

<sup>127</sup> MARCELO LÓPEZ MESA. LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. RESPONSABILIDAD DE LOS SANATORIOS Y HOSPITALES EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. DERECHO COMPARADO. 195 (Editorial B de F, 2016)

discusión sobre un diagnóstico y cuando empieza la culpa médica. Esto significa que la negligencia del facultativo no puede confundirse con el yerro atinente a la complejidad de su profesión y, en consecuencia, muchos de los errores que ocurren en sede galénica no se deben a la impericia o falta de negligencia, sino al margen de error que subsiste en todo acto médico.<sup>128</sup> Lo que deseamos plantear con lo anterior es que, lo que compromete la responsabilidad del galeno por error de diagnóstico no es la mera acreditación de que la determinación de la dolencia falló sino que, solo los errores derivados de un comportamiento inexcusable, es decir, de los yerros originados por culpa médica, pueden comprometer la responsabilidad del galeno. Así, esto puede suceder cuando el parecer u opinión errada del galeno obedeció a defectos de actualización respecto al estado del arte de la profesión o especialización, o porque no auscultaron correctamente al paciente, o porque se abstuvieron de ordenar los exámenes o monitoreos recomendables. Entonces, se compromete la responsabilidad cuando se emita una impresión diagnóstica que otro profesional de sus misma especialidad no habría acogido, o cuando no se apoyaron, estando en la probabilidad de hacerlo, en los exámenes que ordinariamente deben practicarse para auscultar la causa del cuadro clínico o si tratándose de un caso que demanda el conocimiento de otros especialistas omiten interconsultarlo, o cuando, sin justificación verdadera, dejan de acudir al uso de todos los recursos brindados por la ciencia.<sup>129</sup> En fin, para

---

<sup>128</sup> CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO. LA CULPA Y LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL CAMPO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA. 153 (Ediciones Olejnik, 2019)

<sup>129</sup> Sentencia del 26 de noviembre de 2010. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil.

verificar si un error de diagnóstico puede comprometer la responsabilidad, habrá que analizar si el mismo fue originado mediando culpa médica pues, en materia médica, el error no se equipara a la responsabilidad.

La segunda consideración es que es importante revisar caso por caso. Y es que, cada caso concreto tiene condiciones objetivas y subjetivas, dependiendo del padecimiento, del médico y su especialidad, del estado del paciente y de factores exógenos. Entonces, es importante que al hacer el análisis de si el error fue o no inexcusable, se revise el caso concreto ex ante, es decir, se analice las decisiones tomadas por el galeno bajo las condiciones particulares del paciente, al momento en que se le realizaron los exámenes y se solicitó la información necesaria para diagnosticarlo.

La última y breve consideración, es que se debe tomar en cuenta si el paciente colaboró con el galeno al brindar la información. Lo anterior es importante, en la medida en que el diagnóstico es un acto complejo, en el que el médico requiere hacerle consultas al paciente y que este conteste de la forma más sincera y acertada posible en cuanto a sus síntomas y estado. Sin la información adecuada, el médico no puede dar un diagnóstico y probablemente, tampoco indicar un tratamiento adecuado. Por lo anterior, se dice que la omisión en el suministro de la información por parte del paciente constituye una causal de exoneración en el profesional de la medicina.<sup>130</sup> De lo anterior se entiende que, para que se pueda comprometer la responsabilidad

---

<sup>130</sup> SERGIO YEPES RESTREPO. LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA 124-125 (Editorial Diké y Editorial Universidad Santiago de Cali, 10ª Edición, 2020)

galénica a título de error de diagnóstico, es imperante que el error haya originado mediando culpa médica, que se analice el caso particular ex ante el error y, que el paciente haya colaborado en brindar la información necesaria a su galeno.

Una vez delimitado cuándo se compromete la responsabilidad del galeno a título de error de diagnóstico, debemos expresar que creemos que estos errores, cuando son culposos, pueden dar lugar a pérdida de oportunidad de curación o de sobrevivencia. Lo anterior, porque el paciente llega a donde el galeno con un padecimiento (curso causal iniciado), pero puede tener chances de recuperarse de su padecimiento o sobrevivirlo, dependiendo del mismo y el estado en el que se encuentra. Sin embargo, para ello depende de un diagnóstico adecuado para posteriormente tratar su padecimiento y, cuando esto no ocurre por impericia, imprudencia o negligencia, se interrumpe el curso causal frustrando de forma irreversible las chances que tenía el paciente de recuperarse.

Una materialización de lo anterior data en un caso fallado por jurisprudencia colombiana en el cual un paciente acudió al Instituto de Servicios Sociales en 1997 con “una bola en región bajita (ingle)” y le fue diagnosticada una hernia inguinal que requería de intervención quirúrgica, la cual se le realizó sin contratiempos. Sin embargo, en 2002, el mismo paciente acudió nuevamente al Instituto y se desmayó antes de ser atendido. En este día se le diagnosticó erróneamente una infección urinaria y se le hospitalizó. Cuatro días después, el servicio de ortopedia del instituto le diagnosticó “fascitis necrotizante” y se le tuvo que desarticular la cadera por considerar que la extremidad ya estaba perdida. Al realizar el juicio de imputación al

Instituto de Seguros Sociales, el Consejo de Estado estimó entre otras cosas que, pese a que el padecimiento del paciente era una enfermedad de difícil diagnóstico, el paciente había presentado signos claros que alertaban sobre la misma e inclusive, en el momento en que se realizó, ya existían estudios que referían los signos de la enfermedad. Por ello, estimó que dichas falencias mermaron al demandante de sus posibilidades reales de recuperación, configurándose entonces la pérdida de oportunidad de curación, por un error de diagnóstico que llevó a un inadecuado tratamiento al paciente y a la pérdida de una de sus extremidades. En este caso, vale recalcar, se estimó que el daño (para nosotros perjuicio) era la pérdida de oportunidad de recobrar la salud, de recuperarse del proceso infeccioso sin los graves padecimientos que finalmente sufrió, no así de la desarticulación de la extremidad individualmente considerada. Así, para la sala quedó claro que, aun cuando no era posible determinar si el tratamiento oportuno hubiera hecho que el paciente evitara la pérdida de su extremidad, sí existió una oportunidad de hacerlo, pues el paciente se presentó oportunamente a atención y existían protocolos médicos para salvar la vida e integridad del paciente, pero que dicha oportunidad fue frustrada de forma irreversible cuando se le desarticuló su extremidad.<sup>131</sup>

Así, vemos cómo el diagnóstico tiene gran incidencia en el seguimiento y cuidados que se tengan. Y un error inexcusable, comprobable utilizando la pericia de otros médicos y analizando la situación ex ante, puede generar la frustración irreversible de

---

<sup>131</sup> Sentencia del 7 de febrero de 2018. Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

las chances de recuperación del paciente. Y lo que se indemnizará en este caso, no es la pérdida de la extremidad del paciente, sino la frustración de la probabilidad de evitar el perjuicio que finalmente se ocasionó.

### **C. Falla en la prestación del servicio de salud**

Como vimos anteriormente, existe un precepto fundamental que estipula que toda persona, en estado grave de salud, tiene derecho a recibir asistencia médica. Esta asistencia implica para el galeno la obligación de prestar el servicio de salud al paciente de forma comprometida, siguiendo las prevenciones y cuidados necesarios de conformidad con la *lex artis ad hoc*. De este precepto, se deslinda que la omisión o el retardo en la asistencia pueden comprometer la responsabilidad de un galeno; es esto lo que conforma la denominada falla en la prestación de servicio médico. Así, esta falla puede darse por (1) **omisión** en la prestación del servicio, la cual implica la negativa de una institución o sanatorio para atender a un paciente en estado de urgencia; y por (2) **retardo en la prestación del servicio**, el cual implica que, durante el tratamiento de un paciente, se le deja de hacer algo que con prontitud necesita para preservar su salud. Esto puede materializarse por el no suministro de un medicamento, servicio o atención oportuna.<sup>132</sup> De igual forma, estas situaciones se dan, generalmente, en pacientes que ingresan a urgencias de un hospital y, también, resulta imperante que estas fallas produzcan un desenlace desafortunado para el

---

<sup>132</sup> SERGIO YEPES RESTREPO. LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA 117 (Editorial Diké y Editorial Universidad Santiago de Cali, 10ª Edición, 2020)

paciente, constitutivo de perjuicios en su salud para que se pueda utilizar como régimen de imputación de responsabilidad y trasladar el hecho dañoso de cabeza.

Vale hacer la salvedad de que, esta falla en la prestación de servicio es generalmente utilizado como régimen de imputación en la responsabilidad extracontractual del estado. Esto ha sido reconocido así por jurisprudencia patria, al establecer que la misma consiste en el mal funcionamiento de los servicios que se encuentran en cabeza del Estado y se da generalmente cuando el servicio no se prestó, se prestó tardíamente o de forma defectuosa o equivocada.<sup>133</sup> A pesar de lo anterior, somos de la opinión que puede existir falla servicio médico en hospitales privados, ya que toda persona tiene derecho a recibir atención sanitaria, por lo que si ocurre que en un hospital privado sufrió de una falta de asistencia o asistencia defectuosa, se podría generar la obligación de responder.

Ahora bien, antes de materializar situaciones de falla de servicio en pérdida de oportunidad de curación, mejoría o sobrevivencia, vale tener en cuenta estas consideraciones. La primera, es que no toda falla de servicio desencadena una pérdida de oportunidad para el paciente. Y es que, para que una omisión o retardo en la asistencia médica constituya la frustración irreversible de oportunidades, resulta imperante que el paciente se encuentre, en efecto, dentro de una situación de pérdida de oportunidad, es decir, que se cumplan sus requisitos. En otras palabras, que el mismo sufra de un padecimiento (curso causal iniciado) que bien puede llevarlo a

---

<sup>133</sup> Sentencia del 26 de abril de 2016. Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral.

sufrir un perjuicio, pero que tenga oportunidades de evitar ese perjuicio y es entonces, la falla de servicio, configurada mediando culpa médica, que termina frustrando de forma irreversible las probabilidades del paciente. Contrario sensu, si el caso es que el paciente llega a la atención del hospital sin el curso causal desfavorable iniciado, reducido a chances de evitar un perjuicio y se configura una falla de servicio, no se estará hablando de pérdida de chance puesto que, no se cumplen los elementos de incertidumbre en el perjuicio, pero certidumbre en la probabilidad de evitarlo (no hay álea). Un ejemplo de lo anterior es el caso de una mujer embarazada que ha tenido un control prenatal adecuado, sin que se haya evidenciado situación alguna de riesgo para su alumbramiento, por lo que es llevada al centro asistencial para iniciar el trabajo de parto, en donde su atención se dilata por fallas en la prestación del servicio y, al momento de asistirle, el feto nace muerto o con una lesión.<sup>134</sup> En este caso, no se cumplían los requisitos de pérdida de oportunidad, toda vez que se esperaba un parto normal de la madre, no existía un curso causal desfavorable propiamente tal, así como tampoco se encontraba a la espera de la interrupción del mismo para evitar un perjuicio. Por ejemplo, como estos, se debe decir que no toda falla de servicio viene acompañada de la frustración de una oportunidad, sino solo aquella que cumpla con los requisitos de esta.

Como segunda y última consideración, vale recalcar que la falla de servicio debe ser analizada de conformidad con los deberes y obligaciones inherentes a la praxis

---

<sup>134</sup> LUIS FELIPE GIRALDO GÓMEZ. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL. SU APLICACIÓN EN EL CAMPO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. 146 (Universidad Externado de Colombia, 2ª ed., 2018)

médica y la lex artis ad hoc. Lo que queremos decir con esto es que, si lo que se quiere es acreditar la existencia de una falla de servicio, es menester analizar a cabalidad el desenvolvimiento de la situación desde que el paciente llega al hospital, hasta cuando se da el desenlace final (muerte, invalidez, etc.). Y, en este contenido de la prestación, es donde se debe verificar si la asistencia que se le dio al paciente fue efectiva y diligente, es decir, si se llevó a cabo el historial clínico, diagnóstico, exámenes, tratamiento, de forma oportuna y si se prestó la diligencia requerida de un profesional de la medicina. Así, se debe verificar si el contenido de la obligación se realizó conforme a la lex artis ad hoc o, por el contrario, excluyendo las prácticas diligentes. Solo en esta última opción podrá decirse que hubo falla en la prestación del servicio médico.

Entonces, es cierto que una omisión y/o retardo en la asistencia médica en el paciente, pueden dar lugar a que el paciente pierda la oportunidad de recuperarse de su padecimiento o de sobrevivirlo. Pero esto solo es posible verificando que el mismo haya ingresado al hospital con la esperanza de que los médicos interrumpieran su curso causal iniciado y que, se compruebe el nexo de causalidad entre la atención defectuosa que se le brindó y la frustración irreversible de sus chances de recuperación.

A fin de materializar lo anterior en un caso concreto, nos asistiremos nuevamente de jurisprudencia colombiana, donde se dio un caso en el cual un paciente acudió el 20 de enero de 1994 a una Unidad Intermedia de Salud Cuba “UNISAC”, dependencia del Hospital Universitario San Jorge de Pereira en virtud de un accidente de tránsito

en motocicleta. Aquí, la doctora en atención, sin ordenarle exámenes que permitieran descartar plenamente presencia de fracturas, ni la evaluación de un médico general o especialista en neurología ni la remisión del paciente al Hospital Universitario San Jorge, concluyó que el paciente tenía un “TEC leve” (herida superficial que solo comprometía el cuero cabelludo) y le dio de alta, con prescripción de analgésicos para el dolor de cabeza. A pesar de esto, horas más tarde el paciente fue llevado nuevamente a “UNISAC”, ahí fue atendido por otro médico, que ordenó su remisión al Hospital Universitario San Jorge, le diagnosticó “TEC moderado” y solicitó valoración por neurocirugía. Una hora y media después, cuando la ambulancia estuvo disponible, se le trasladó al Hospital. Aquí, distintos médicos le realizaron interrogatorios a fin de determinar su condición, pero no fue hasta cinco horas más tarde que el paciente fue valorado por un neurocirujano, quien le ordenó un escáner urgente. Dos horas más tarde, el paciente falleció, sin que se le hubiera practicado un escáner cerebral, por cuanto la institución no contaba con ese recurso y el examen resultaba indispensable para realizar diagnóstico y ordenar procedimiento alguno. Los hechos anteriores fueron comprobados por la sala, encontrando que desde que el paciente acudió por primera vez a UNISAC hasta el momento de su fallecimiento transcurrieron 17 horas sin que se le haya dado ningún tratamiento y, no se le practicaron los exámenes que se requerían para un diagnóstico preciso. En este caso, la Sala estimó que hubo negligencia por parte de la institución en la atención al paciente pues, en primer lugar, era necesario dejarlo en observación para establecer la evolución de su estado. Asimismo, se comprobó que inexplicablemente no se le abrió

historia o se dejó anotación sobre toda la atención que se le prestó. Por otro lado, tampoco se le avisó al cirujano de turno del estado del paciente cuando este ingresó, teniendo en cuenta que este pudo haber ordenado por teléfono el escáner requerido. Y es que, el paciente no fue visto por un cirujano hasta cinco horas después de haber ingresado. Finalmente, transcurrieron dos horas más sin que se le practicara escáner o TAC cerebral, a pesar de las indicaciones del especialista. Así, la Sala concluyó que hubo grandes descuidos, negligencias, falta de atención oportuna, demoras y horas perdidas frente a un caso de trauma encefalocraneano, que evolucionó hasta la muerte del paciente. Por esto, le resultó claro a la Sala que las omisiones incurridas por el grupo médico o la organización institucional excluyeron la idea de diligencia y cuidado, de regularidad y eficaz prestación del servicio público. Sin embargo, para la Sala no fue claro si aún si la Administración hubiese actuado con diligencia el paciente se hubiese recuperado, pero lo que sí le fue claro, con criterio de justicia, es que si hubiese obrado con diligencia y cuidado no le habría hecho perder al paciente la chance u oportunidad de recuperarse.<sup>135</sup> Así, en el caso anterior se analizó el contenido de la prestación médica verificando, paso por paso, si los médicos que atendieron al paciente cumplieron con los deberes inherentes a la medicina y la *lex artis ad hoc*, a fin de concluir que la actuación del cuerpo médico no fue diligente y que, en cambio, dichas omisiones y retardo en la atención llevaron a la frustración, de forma irreversible, de la oportunidad de sobrevivencia que tenía el paciente. Para

---

<sup>135</sup> Sentencia del 15 de junio de 2000. Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

nosotros, resulta claro como en el caso se cumplieron los requisitos de pérdida de chance de sobrevivencia ya que, el paciente ya venía con un padecimiento que tenía probabilidades de resultar en una situación desfavorable, pero dependía de la actuación del cuerpo médico para ello. En cambio, estos omitieron toda actuación diligente necesaria para que el mismo evitara el perjuicio. La omisión y retardo en la atención, se realizó mediando culpa médica por actuación negligente en la prestación del servicio y tuvo como resultado que el paciente perdiera las oportunidades que sobrevivir. Recordaremos, que en estos casos lo que se indemniza no es la muerte, sino la frustración de las probabilidades que tenía de evitarla pues, de eso se trata el contenido de la pérdida de chance.

Para finalizar, es menester dejar claro que, para determinar si existe falla en la prestación del servicio de salud, se debe analizar el contenido y alcance del servicio que se prestó. Estos incluyen la elaboración del diagnóstico, la confección del historial clínico, la práctica adecuada y cuidados, interrogatorios, exámenes, constancias escritas y/o electrónicas de los datos relevantes del paciente<sup>136</sup>, y en general, que la actuación que desempeñe el profesional médico sea diligente, a fin de mitigar los ya existentes riesgos de la enfermedad y preservar la salud del paciente. Solo analizando los anterior, es posible determinar si existe una falla en la prestación del servicio de salud. Adicionalmente y para términos de esta investigación, será imperante valerse de medios de prueba idóneos, como veremos en un rato, para

---

<sup>136</sup> ALBERTO J. BUERES. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MÉDICOS. 89, 160. (Editorial Hammurabi, Segunda Edición, 1992)

verificar que el desenlace de la falla de servicio frustró las chances de recuperación o de sobrevivencia del paciente pues, solo así podrá hablarse de la existencia de un perjuicio por pérdida de oportunidad.

## **CAPÍTULO V: LA PRUEBA EN LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD**

Se ha dicho atinadamente que la sola existencia de un perjuicio no constituye causa suficiente para que se genere la obligación de responder por un acto. Y es que, una vez se sabe que ha ocurrido un perjuicio, se debe hacer el proceso de análisis de la situación *ex ante* hasta que ocurrió el hecho dañoso. Y en este proceso de comprobación encontraremos la columna vertebral del proceso; la prueba.

Como será de esperarse, la prueba en casos de pérdida de chance resulta sumamente compleja. Lo anterior, en la medida en que esta figura constituye un perjuicio particular, cuyos requisitos deben ser debidamente comprobados para que se genere el deber de responder y el traslado proporcional del perjuicio de cabeza.

A fin de entender este proceso de comprobación de existencia de pérdida de chance, estudiaremos la importancia de la relación de causalidad y atribución de responsabilidad, veremos cuáles son algunos de los factores que dificultan la atribución de responsabilidad de un profesional de la medicina, la definición y contenido de la denominada carga de la prueba, distintas teorías probatorias que le sirven al juez para analizar la prueba en casos de pérdida de chance y, por último, haremos una breve revisión de los medios de prueba.

## I. CAUSALIDAD Y ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD

Forma parte de los preceptos fundamentales del Derecho de Daños que se traslade el hecho dañoso de la cabeza de quien lo sufre a la de quien lo ocasionó. Pero también, es importante recordar que para que esto ocurra debe haber una buena razón para ello. Es decir, se debe haber incumplido una obligación o deber jurídico, y ese incumplimiento debe tener una relación de causalidad con el hecho dañoso que finalmente se efectuó. Así, la atribución de responsabilidad a una persona y la obligación de responder por un acto depende de la prueba del nexo causal o relación de causalidad. Por eso, se dice que no hay responsabilidad, ni indemnización para la víctima, si no se verifica un daño, un factor de atribución y un nexo causal entre los dos primeros elementos.<sup>137</sup>

Como dijimos anteriormente, esta es quizás la parte más compleja de un juicio de responsabilidad civil, ya que se requiere de la apreciación de los elementos de convicción aportados por las partes y la sana crítica del juez, para determinar si se ha probado la relación causa-efecto entre una acción u omisión y el hecho dañoso, es decir, si se ha comprobado la relación de causalidad.

Ahora bien, vale hacer en este momento y a fin de evitar confusiones posteriormente, una breve referencia a lo que se conoce como los dos planos de la causalidad. Lo que dicen los planos es que la causalidad tiene una doble función; por un lado, sirve para

---

<sup>137</sup> DIEGO M. PAPAYANIS. CAUSALIDAD, PROBABILIDAD EN LOS JUICIOS DE RESPONSABILIDAD *en* Causalidad y Atribución de Responsabilidad. Coord. Diego M. Papayanis. 139 (Editorial Marcial Pons, 2014).

imputar el hecho generador de responsabilidad y verificar si un hecho dañoso puede ser jurídicamente atribuido a un sujeto determinado y, por otro lado, la causalidad permite fijar el quantum del perjuicio indemnizable, esto es, el quantum respondeatur, seleccionando los perjuicios resarcibles. En otras palabras, una cosa es la comprobación lógica de que una determinada actuación u omisión generó un resultado desfavorable y otra, la fijación del quantum indemnizable por dicha conducta. Y, por supuesto, no podrá pasarse a fijarse el quantum sin antes comprobarse que hay razón para que se genere el deber de responder. Por lo anterior, veremos a lo largo de todo este capítulo, cómo se verifica la comprobación de la causalidad de que una determinada conducta generó un resultado desfavorable.

Ahora bien, como lo que nos encontramos evaluando son casos de responsabilidad médica y pérdida de chance curación y/o de sobrevivencia, es menester distinguir las particularidades que conllevan la atribución de responsabilidad en estos casos. Por un lado, en el ámbito particular de la responsabilidad médica, se prevee que la atribución de responsabilidad conlleva la configuración de la denominada culpa médica y que esta debe estar relacionada con la generación del perjuicio. La comprobación de la relación de causalidad resulta imprescindible puesto que, muchos son los motivos por los cuales puede producirse un accidente médico-sanitario. Así, como iremos viendo, la comprobación del nexo de causalidad presenta extraordinarias dificultades, por lo que se han determinado ciertas teorías para facilitar la carga de la prueba.<sup>138</sup> Pero por

---

<sup>138</sup> JUAN MANUEL PRÉVÔT Y RUBÉN ALBERTO CHAIA. PÉRDIDA DE CHANCE DE CURACIÓN. 182 (Editorial Astrea, 2007)

ahora y para términos de esta investigación, resulta importante tener en cuenta que la comprobación del nexo de causalidad debe hacerse entre la culpa médica y la pérdida de chance de curación y/o de sobrevivencia. Haciendo esto, estaremos tomando lo esencial de la responsabilidad médica (configuración de culpa médica) y de la pérdida de chance (frustración de las probabilidades de curarse o sobrevivir el padecimiento) a fin de comprobar que, en efecto, el perjuicio sufrido por el paciente debe ser proporcionalmente trasladado a la cabeza del galeno. Asimismo, esta comprobación implica que, utilizando los medios de prueba idóneos, se verifique que un descuido, ligereza, acto u omisión dotado de negligencia, imprudencia, o impericia, por parte del galeno ocasionó que el paciente que entró a la atención médica con un padecimiento viera la frustración irreversible de sus probabilidades de curación y/o de sobrevivencia.

#### **A. Teorías sobre el nexo causal**

Por la importancia y la complejidad que conlleva comprobar la relación de causalidad en un juicio de responsabilidad civil, la doctrina y jurisprudencia se han encargado de idear distintas teorías para que, se verifique caso a caso, si existe nexo de causalidad entre un hecho antijurídico y un perjuicio. Las principales son las siguientes:

- **Teoría de la equivalencia de las condiciones o “But For Test”:** En virtud de esta teoría, para que se le atribuya responsabilidad por un perjuicio a una persona, es necesario concluir que, de no haber sido por la conducta del agente, el perjuicio sufrido por el perjudicado no hubiese ocurrido. Así, la

conducta del demandado es condición necesaria (*conditio sine qua non*) del perjuicio. El problema de esta teoría es que, en base a ella pueden considerarse como “causas” muchos factores o incidentes poco relevantes.<sup>139</sup> Por ejemplo, bajo esta concepción no se podría afirmar que fumar causa cáncer de pulmón, puesto que fumar no es una condición necesaria para desarrollar cáncer de pulmón.<sup>140</sup> Por lo anterior, esta teoría no ha resultado muy aceptada a nivel doctrinal como medio de comprobación del nexo de causalidad ya que, en un juicio de responsabilidad civil no toda “causa” tiene relación causal con el hecho desfavorable.

- **Teoría de la Causalidad Adecuada:** En virtud de esta teoría, se reputa como causa aquella que tenga una incidencia concreta en el desenlace dañoso. La adecuación o causalidad adecuada, se determina objetivamente, con posterioridad a la producción del hecho, por un observador imparcial (el juez), en donde deberá hacer un juicio desde la situación *ex ante*, teniendo en cuenta la experiencia general y los conocimientos personales del autor. En este análisis, el juez debe arribar a la conclusión de que la conducta del agente era apropiada para generar o, en nuestro caso, interrumpir el curso causal iniciado. Solo así se reputará que la acción fue la generadora del hecho dañoso y constitutiva de perjuicios. Esta teoría fue creada con la intención de limitar

---

<sup>139</sup> JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS. RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA 622 (Editorial Arazandi, S.A.U., Séptima Edición, 2020)

<sup>140</sup> JORDI FERRER BELTRÁN. LA PRUEBA DE CAUSALIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL *en*, Causalidad y Atribución de Responsabilidad. Coord. Diego M. Papayanis. 217 (Editorial Marcial Pons, 2014).

la responsabilidad en el campo de la causalidad, reduciendo los resultados excesivos que conducía la teoría de las equivalencias de las condiciones.<sup>141</sup>

Para nosotros, la teoría de la causalidad adecuada resulta eficaz para comprobar el nexo causal entre una determinada conducta galénica y la frustración de las probabilidades de sobrevivir y/o de curarse. Esto, porque permite que se haga un juicio de probabilidad sobre los hechos conocidos y cognoscibles ex ante y separar, lo más claramente posible, la adecuación de los criterios de culpa y previsibilidad, tomando en consideración no solo los hechos conocidos por el sujeto responsable, sino también aquellos que resultaran cognoscibles para un ideal observador experimentado<sup>142</sup>. Aplicado a los casos que son objeto de investigación de este proyecto, lo anterior indica que el juez debe analizar la situación ex ante el hecho dañoso y, ayudarse de expertos en la materia, para determinar si una acción u omisión determinada fue realizada mediando negligencia médica o, si por el contrario, la acción fue realizada conforme a la *lex artis ad hoc*. Así, si se comprueba que la acción del galeno se realizó mediando culpa médica y que esta fue la causa de la frustración de las probabilidades de curación y/o de sobrevivencia del paciente, se podrá decir que se ha comprobado el nexo de causalidad.

---

<sup>141</sup> MARCELO LÓPEZ MESA, PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. 428-429 (Editorial Astrea, Primera Edición. 2013)

<sup>142</sup> LUIS DÍEZ-PICAZO, FUNDAMENTOS DEL DERECHO CIVIL PATRIMONIAL V: LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. 365 (Editorial Civitas, Primera Edición. 2011)

## **B. Factores que dificultan la atribución de responsabilidad**

La comprobación entre el nexo de causalidad y la frustración de chances de sobrevivir no es una tarea fácil. Y es que, cuando se trata de responsabilidad médica, no solo hay que tomar en cuenta la actuación del galeno en una determinada situación, sino también las condiciones preexistentes que tenía el paciente al llegar a la atención sanitaria. Inclusive, a veces tocará evaluar las actuaciones de un cuerpo médico entero, antes de que el juez pueda determinar que hubo una relación de causalidad entre la culpa médica y el perjuicio. A fin de materializar lo anterior expuesto, a continuación, expondremos brevemente sobre lo que se conoce como concausas del daño y hablaremos sobre la actuación de un cuerpo médico.

### ***1. La concausación***

En los casos de pérdida de chance de curación y/o de sobrevivencia, se prevé que la persona ya viene con una condición preexistente, es decir, con un padecimiento del cual tiene probabilidades de recuperación. Sin embargo, una vez la posibilidad se frustra, siempre existirá incertidumbre respecto a si el paciente se hubiese recuperado de no mediar la acción culposa. Por esta incertidumbre, es imperante de que antes de que se declare probado el nexo de causalidad, se examinen la existencia de concausas en el hecho dañoso.

La concausación es el fenómeno que, al actuar juntamente con la acción del sujeto lleva a consecuencias que no corresponden al curso normal y ordinario de los procesos. En temas médicos, la concausación no es extraña ya que, las condiciones preexistentes del paciente, pueden concurrir conjuntamente con la acción u omisión culposa del agente y provocar una aceleración del hecho dañoso. Así, doctrinalmente se ha dicho que esta multiplicidad de factores coadyuvantes es el principal obstáculo para comprobar el nexo de causalidad entre un perjuicio y el comportamiento lesivo. En estos casos, el deber ser jurídico indica que el juez debe inmiscuirse a analizar la relación médico-paciente, a fin de determinar la incidencia causal de la culpa médica y de las condiciones preexistentes del paciente en los perjuicios generados, a fin de atribuir un quantum causal a la predisposición y otro a la negligencia médica.<sup>143</sup> Hacer esto, significa realizar una distribución proporcional de las causas puesto que, recordemos que solo el perjuicio que generó la actuación culposa deberá ser indemnizado y que, así como no se puede cargar al paciente con el 100% del perjuicio, tampoco se le debe trasladar el 100% de responsabilidad al galeno cuando este no ha causado todo el perjuicio.

---

<sup>143</sup> JUAN MANUEL PRÉVÔT Y RUBÉN ALBERTO CHAIA. PÉRDIDA DE CHANCE DE CURACIÓN. 113, 116 (Editorial Astrea, 2007)

## ***2. Atribución de responsabilidad en el cuerpo médico***

No es extraño que en un hospital, un mismo paciente sea atendido por un equipo multidisciplinario. Esto ocurre, con la finalidad de atender las distintas aristas que se pueden desprender del padecimiento del paciente y poder dictaminar el tratamiento adecuado para preservar su salud. Por razones como esta, se prevé que los médicos deben llevar debidamente el historial clínico y prestar su servicio de forma diligente. Sin embargo, es evidente que lo anterior puede generar dificultades al momento de verificar la relación de causalidad. De hecho, creemos que, en el análisis de configuración de culpa médica y atribución de responsabilidad, se pueden encontrar dos posibilidades: 1) **Individualización de la culpa en el equipo médico** o, 2) **Atribución de responsabilidad solidaria al cuerpo médico.**

En primer lugar, la **individualización de la culpa en el equipo médico**, se genera por la división del trabajo que realiza cada interviniente y el alcance que cada uno tiene. Y es que, tomemos el ejemplo de una intervención quirúrgica en la rodilla. Aquí es imprescindible que exista un equipo multidisciplinario, compuesto por anestesiólogos, enfermeras y ortopedas. Por casos como estos, se dice que una hipotética responsabilidad puede ser individualizable. En estos casos, lo que se debe hacer si se quiere individualizar la culpa médica no es más que determinar las funciones específicas que tenía cada interviniente y analizar el cumplimiento o contribución individual de cada sanitario en el trabajo común. Para esto, es claro que cada caso debe ser estudiado en concreto, valorando el tipo y la urgencia de cada

intervención, así como el estado de formación y fiabilidad de cada participante.<sup>144</sup> Así entonces, se debe analizar el contenido de la obligación de cada interviniente, a fin de determinar si la misma fue realizada conforme a la *lex artis ad hoc*, o bien mediando culpa médica. Esto haría que, por ejemplo, si durante una intervención quirúrgica el anestesiólogo suministra una anestesia vencida, pero el cirujano sí desempeñó sus funciones de forma diligente, se le atribuya responsabilidad al anestesiólogo, pero no al cirujano. Por último, vale hacer la salvedad de que no siempre la culpa podrá ser individualizada y, cuando esto no ocurra, se podrá generar el deber de responder para el cuerpo médico, como veremos a continuación.

En segundo lugar, es posible **atribuir responsabilidad a un cuerpo médico** en conjunto, en casos en los que no sea posible demostrar cuál de ellos fue el que produjo el perjuicio, pero se haya demostrado que este fue ocasionado por el grupo mismo.<sup>145</sup> Esto puede suceder ya sea por errores que los médicos hayan cometido en conjunto o bien, por uno de los profesionales, pero que debiera ser apreciado por otro de los profesionales intervinientes, por su carácter grave.<sup>146</sup> Esta responsabilidad colectiva ha sido reconocida por jurisprudencia patria, cuando en un caso se determinó que esta es posible, en la medida en que distintos especialistas convergieron en un mismo y solo acto y se encontraban relacionados al paciente por diversos contratos. Así, se prevé el surgimiento a la responsabilidad “*in solidum*” o

---

<sup>144</sup> JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS. RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA 335 (Editorial Arazandi, S.A.U., Séptima Edición, 2020)

<sup>145</sup> SERGIO YEPES RESTREPO. LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. 71 (Editorial Biblioteca Jurídica Diké, 1999).

<sup>146</sup> *Supra* 144, pág. 335.

“obligación al todo”, en la que cada uno de los obligados es llamado a reparar los perjuicios ocasionados, cuando no es posible distinguir entre cada uno de ellos la perpetración del hecho. Esta es una obligación que nace por la fuerza misma de las cosas, en virtud de la obligación que tienen los centros hospitalarios y los médicos intervinientes de prestar un servicio diligente, atendiendo al deber de cuidado y asistencia. Y, cuando la conducta del cuerpo se desvía de estos deberes, se prevé que estos han contribuido a la generación de perjuicios y que lo justo es que los perjudicados puedan dirigirse contra uno o todos los obligados por la totalidad de la indemnización.<sup>147</sup> Así, esta responsabilidad se da en la medida en que no sea posible atribuir individualmente la responsabilidad, pero no debe pasarse por alto que debe acreditarse la culpa médica que realizó el propio cuerpo médico.

## **II. LA CARGA DE LA PRUEBA**

En un juicio de responsabilidad médico-sanitaria, resulta imperante la comprobación del nexo causal entre la culpa médica y los perjuicios ocasionados. Para comprar este nexo de causalidad, es menester acudir a la búsqueda de la verdad material en la columna vertebral del proceso, la prueba.

Esta es el instrumento que utilizan las partes para demostrar la veracidad de sus afirmaciones, y de la cual se sirve el juez para decidir respecto a la verdad o falsedad de los enunciados fácticos. Así, prueba es cualquier instrumento, método, persona, cosa o circunstancia que pueda proporcionar información útil para resolver dicha

---

<sup>147</sup> Sentencia del 31 de julio del 2000. Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, Sala Primera de lo Civil.

incertidumbre. En seguimiento a lo anterior, se dice que la prueba tiene la función de ofrecer al juez elementos para establecer si un determinado enunciado, relativo a un hecho, es verdadero o falso. Por ello, se dice que un enunciado es verdadero si está confirmado por pruebas y falso, si las pruebas disponibles confirman su falsedad. Por otro lado, un hecho no estará probado si no hubo prueba suficiente para demostrar su verdad o falsedad.<sup>148</sup> Y es que, en un juicio de responsabilidad, la declaración del juez tanto en orden al contenido del daño como a su existencia, depende de la prueba.<sup>149</sup> Por supuesto, para que el juez pueda verificar si los supuestos de hecho que constituyen un caso concreto son verdaderos o falsos, depende de que la prueba que los verifique sea, en efecto, aportada al proceso. Es esto lo que nos lleva a hablar del principio de **carga de la prueba**.

Esta es la noción, primordialmente procesal, que regula la idea de que las partes deben aportar al proceso los instrumentos que prueban la veracidad de los supuestos de hecho que le son favorables. Este instituto contribuye a dar certeza a las relaciones jurídicas, por un lado, porque le indica a la parte la gestión que debe desplegar para triunfar en el pleito y por otro, constituye un instrumento de ley para el juez, a fin de que este pueda fallar sobre el fondo de la controversia.<sup>150</sup> Así, la carga de la prueba se rige por ciertos principios y reglas, a fin de regular quien soporta la labor de aportar la prueba, qué medios son válidos para ello y como deben ser evaluados los mismos.

---

<sup>148</sup> MICHELE TARUFFO. LA PRUEBA, ARTÍCULOS Y CONFERENCIAS. 59-60 (Editorial Metropolitana, 2009)

<sup>149</sup> ADRIANO DE CUPIS. EL DAÑO. TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. 341 (Ediciones Olejnik, Luis M. Salazar y equipo, revisión de la traducción. Primera Edición, 2020)

<sup>150</sup> JORGE FÁBREGA P. TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA. 127-129 (2006)

En cuanto a la labor de aportar la prueba, el principio de carga de la prueba establece que “aquella parte cuya petición procesal no puede tener éxito sin la aplicación de un determinado precepto jurídico, soporta la carga de la prueba”.<sup>151</sup> Esto indica que, por regla general, la carga de la prueba la soporta el perjudicado, pues es quien activa el juicio para que sobre su supuesto de hecho se aplique un determinado precepto jurídico en su favor; lo que en un juicio de responsabilidad civil significaría la prueba de que ha sufrido un perjuicio que no tiene el deber jurídico de soportar. De igual forma, para que esto ocurra, se prevé que debe existir certeza sobre la aplicación de la norma en el supuesto de hecho concreto. Entonces, se desprende de lo anterior que, por regla general, el demandante tiene la labor de probar su pretensión y el juez, al final del proceso de analizar si la carga de la prueba se cumplió y si el sustento fáctico fue comprobado jurídicamente.

Esta regla, en principio, se ha aplicado en casos de responsabilidad médico-sanitaria, en la medida en que se establece que el enfermo pretensor de una condena indemnizatoria tiene la tarea de demostrar la conexión entre el comportamiento médico y el evento de daño.<sup>152</sup> Lo anterior significa, que el paciente no solo tendría que demostrar la existencia de sus perjuicios, sino también que estos se deben al comportamiento negligente de su galeno. Somos de la opinión, que lo anterior se puede tornar en una prueba diabólica o sumamente difícil para el demandante, puesto

---

<sup>151</sup> LEO ROSENBERG. LA CARGA DE LA PRUEBA. 12 (Editorial B de F, Ernesto Krotoschin trad., Segunda edición revisada, 2019)

<sup>152</sup> JUAN MANUEL PRÉVÔT Y RUBÉN ALBERTO CHAIA. PÉRDIDA DE CHANCE DE CURACIÓN. 184 (Editorial Astrea, 2007)

que es difícil hacer un juicio de diligencia o negligencia en el ámbito profesional, sobre un tema del cual no se es experto. Por razones como lo anterior expuesto, distintos sectores de la doctrina y jurisprudencia han elaborado teorías para aliviar esta carga, o más bien, distribuirla.

### **A. Distribución de la carga de la prueba**

La distribución de la carga de la prueba constituye una de las instituciones más deseables dentro de los ordenamientos jurídicos, especialmente en procesos de responsabilidad civil. Lo anterior, sobre la idea de que quien ha sufrido un daño y acude a un proceso judicial con el fin de obtener reparación, pueda obtener la protección jurídica e indemnización que la ley le otorga, pero que pueda hacerlo sin dificultades demasiado grandes.<sup>153</sup> Dicho en otras palabras, que quien acude a un juicio de responsabilidad buscando trasladar el daño de cabeza, pueda comprobar este sin la existencia de una prueba diabólica. Por esto, distinguidos autores se han inmiscuido en el proceso de encontrar el fundamento de una prudente distribución de la carga de la prueba y el mecanismo adecuado para hacerlo.

Así, una de las ideas fundamentales en que los autores han basado dicha hipótesis es aquella que establece que las partes deben afirmar y probar los presupuestos de la norma que le es favorable o cuyo efecto jurídico redunda en su provecho. Ahora, ¿Cómo distinguimos cuál norma es provechosa al demandante y/o provechosa al

---

<sup>153</sup> LEO ROSENBERG. LA CARGA DE LA PRUEBA. 95 (Editorial B de F, Ernesto Krotoschin trad., Segunda edición revisada, 2019)

demandado?<sup>154</sup>; consideramos que la respuesta deberá ser basada en un análisis de la norma sustantiva aplicable al caso, en donde se evalúan los preceptos jurídicos y el alcance que estos tienen para determinar la carga de la prueba, a diferencia de quienes creen que este tema debe, exclusivamente, ser regulado mediante normas procesales. El anterior precepto se fundamenta sobre la base de que si un ordenamiento jurídico se propone regular todas las relaciones que producen consecuencias jurídicas en esta vida, seguramente fracasará entre tantas excepciones que la vida produce eventualmente. Creemos que esta idea se basa en que el derecho debe ser dinámico y no estático, por lo que plasmar una consecuencia jurídica para cada situación constituye una tarea fácticamente imposible de mantener.

En otras palabras, corresponde entonces a cada parte probar los presupuestos de la norma que se pretende sean reconocidos en favor de ella según la consecuencia jurídica que presupone. En esa línea, se establece que el demandante debe probar los hechos que fundan el derecho y el demandado los hechos impeditivos, destructivos y excluyentes de ese derecho.<sup>155</sup> Esto significa que en un juicio de responsabilidad médico-sanitaria, le correspondería al demandante probar la existencia del perjuicio y al médico demandado, probar la diligencia de este en la ejecución de la prestación del servicio médico, de forma que esta prueba lo exoneraría de una condena, distribuyéndose entonces la carga entre los supuestos de hecho y los excluyentes de derecho.

---

<sup>154</sup> Id, p. 103.

<sup>155</sup> Supra 153, p. 111.

### **III. TEORÍAS PROBATORIAS RELEVANTES PARA CASOS DE PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD**

El principio de distribución de carga de la prueba no es el único que ha intentado aligerar la idea de que incumbe al demandante probar los hechos en un proceso. Y es que, especialmente cuando se habla de responsabilidad médico-sanitaria, podemos pensar que es más difícil para quien no tiene conocimiento específico probar que un médico ha obrado de forma contraria a la *lex artis ad hoc*. Adicionalmente, consideramos pertinente destacar que esta labor puede ser aún más difícil cuando la atribución de responsabilidad de un galeno se genera por la frustración de chances de curación y/o de sobrevivencia, ya que hay que acudir a datos médicos complejos. Y es precisamente para evitar mayores dificultades en la aplicación del derecho, que la doctrina ha elaborado distintas teorías con el fin de aliviar la carga de la prueba, las cuales veremos a continuación.

#### **A. Teoría de la carga dinámica de la prueba**

La teoría de la carga dinámica de la prueba, es definida como una “corriente ideológica moderna -fundada quizás en criterios de solidaridad- que impone una obligación a la parte que se sitúa en condiciones más favorables, de presentar todos aquellos elementos para probar la ausencia o existencia del nexo causal, o bien la

prueba de la culpa o de la debida diligencia o cuidado, según fuere el caso.”<sup>156</sup> Esto quiere decir que, dependiendo de cada caso, quien se encuentra en mayor cercanía a la prueba será el encargado de aportarla. Desde nuestro punto de vista, esta teoría es una manifestación de la distribución de la carga de la prueba, condicionada al hecho de verificar que quien la suministre sea quien esté en la mejor posición de hacerlo, independientemente de que sea el demandante o demandado.

Esta teoría es comúnmente utilizada en casos de responsabilidad médico-sanitaria, bajo el precepto de que el médico se encuentra en mejores condiciones que el paciente, puesto que mantiene a su alcance todos los elementos y conocimientos necesarios para demostrar que actuó dentro de los lineamientos que componen la *lex artis ad hoc*.<sup>157</sup>

Así, si nos vamos al caso concreto de la prueba sobre el nexo causal en las situaciones de pérdida de chance de curación y/o de sobrevivencia, el médico o el hospital se exonerarían de responsabilidad con la prueba de su diligencia. Y es que, como ha dicho el Tribunal Supremo de España: “no se trata de que “no se ha probado la culpa” sino de que el médico no ha probado que el resultado dañoso no se ha producido por su actuación; en este sentido, la Sentencia de 2 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8938), reiterada por la de 29 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 10404), recalcar que ‘el deber procesal de probar recae, también, y de manera muy fundamental, sobre los

---

<sup>156</sup> JOSÉ D. CARRIZO DURLING. LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA. 3 (Editorial Cultural Portobelo, 2014)

<sup>157</sup> MANUEL JOSÉ CUMPLIDO Y RICARDO ARIEL GONZÁLEZ ZUND. DAÑO MÉDICO. ASPECTOS LEGALES EN LA PRÁCTICA MÉDICA. 83 (Editorial Mediterránea, 2005)

facultativos demandados, que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba...”<sup>158</sup> Así, esta teoría no es una desviación al deber de probar el nexo de causalidad, sino que es una distribución de la carga en atención al dinamismo del derecho y a la lógica de que quien fue partícipe del hecho dañoso tiene una mejor explicación de lo sucedido.

Ahora bien, como puede desprenderse de su propia definición, esta distribución de la carga no es total, es decir, no quiere decir que el perjudicado o demandante deberá desplegar una conducta pasiva. Y es que, en estos casos se prevé que el perjudicado utilice los medios que estén a su alcance para probar el perjuicio sufrido, mientras que el médico buscará probar los hechos impositivos, dígase, su diligencia para exonerarse de responsabilidad y probar que no existe causalidad adecuada.

En otras palabras, la carga se distribuye a fin de que el médico tendría que probar que en la prestación del servicio brindó la información y asistencia necesaria y, en general, que sus actos fueron diligentes, a fin de que el juez a valorar los elementos probatorios pueda concluir que la existencia del perjuicio no se debe a la negligencia médica. Así, mientras que el perjudicado utiliza elementos de convicción para comprobar la frustración de sus chances de curación y/o de sobrevivencia, el médico u hospital probará que la actuación que desplegó en la ejecución del acto médico fue

---

<sup>158</sup> Sentencia del 15 de septiembre de 2003. Tribunal Supremo de España. Citada dentro de la obra: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO. LA CULPA Y LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL CAMPO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA. 232 (Ediciones Olejnik, 2019)

diligente y conforme a la *lex artis ad hoc* para que se tenga como no comprobado el nexo de causalidad. Lo anterior, en función de una distribución dinámica orientada al principio de la búsqueda de la verdad material del proceso y verificar si fue la negligencia del galeno, lo que frustró las probabilidades de curación y/o de sobrevivencia del paciente.

### **B. Criterio de probabilidad estadística**

En casos como los de objeto de estudio de este proyecto de investigación, en los que la obligación de responder se genera por la frustración de las probabilidades de curación y/o de sobrevivencia, vale partir de la premisa de que las partes se encuentran ante una tarea probatoria complicada. Reconocido lo anterior, resulta lógico acudir a criterios de probabilidad estadística. Estos están basados en la afirmación de que, ante la imposibilidad de certeza o inexactitud de la ciencia médica, el juez debe contentarse con la probabilidad de su existencia. En principio, la certeza se cumple cuando se determina que hay una “alta probabilidad” o “more than not”, es decir, una probabilidad mayor al 50%. En otras palabras, si se configura con una alta probabilidad que la conducta jurídica ocasionó el daño, se determina que la relación de causalidad está comprobada y se genera la obligación de responder para el profesional de la medicina.

Por otro lado, y en relación con la fijación del quantum indemnizatorio una vez pasado el porcentaje de probabilidad, se ha dicho doctrinalmente, que este debe ser medido según la complejidad del caso, pero alcanzar un porcentaje de 75% de

probabilidad de que la actuación antijurídica generó el hecho dañoso constitutivo de los perjuicios que se demandan para que haya una reparación íntegra del daño. Por otro lado, se dice que, si la probabilidad es menor al 75%, el monto indemnizatorio se reduce en proporción a la incidencia causal que haya tenido el galeno en el hecho dañoso.<sup>159</sup> Así, se establece un umbral de probabilidad para verificar la comprobación del nexo causal, apoyado sobre la base de que la medicina no es una ciencia exacta y que, no vale la pena exigir que lo sea en un juicio de responsabilidad profesional.

Ahora bien, se debe hacer la salvedad de que la comprobación de este criterio no es un llamado al uso de modelos de lógica matemática, sino más bien de los medios de prueba que sirvan de convencimiento lógico al juez. En otras palabras, este criterio es un llamado al uso de la evaluación o testimonios de expertos, literatura científica, pruebas periciales, entre otros, como elementos de convicción que puedan ser apreciados según las reglas de la sana crítica y en conjunto, para aportar un porcentaje de probabilidad aproximativo lógico y no matemático,<sup>160</sup> de que la conducta culposa del galeno fue la que generó que el paciente perdiera las oportunidades de curarse de su padecimiento.

Para nosotros, esta teoría sería una buena alternativa para comprobar el nexo de causalidad en situaciones de pérdida de chance de curación y/o de sobrevivencia

---

<sup>159</sup> JUAN MANUEL PRÉVÔT Y RUBÉN ALBERTO CHAIA. PÉRDIDA DE CHANCE DE CURACIÓN. 225-232 (Editorial Astrea, 2007)

<sup>160</sup> LUIS FELIPE GIRALDO GÓMEZ. EL DAÑO POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD: LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA Y EL USO DE LA EQUIDAD POR PARTE DE LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA. 223, 232 Revista de Derecho Privado (2021). El uso de la estadística como comprobación del nexo causal en la pérdida de oportunidad.

porque (1) Se reconoce que en casos de responsabilidad médica, la certeza en un 100% es un sueño difícil de lograr, por lo que es menester buscar alternativas que permitan, por un lado, generar el deber de responder de forma justa y por otro, no dejar que la negligencia quede impune; (2) Llama a los medios de prueba permitidos por las legislaciones a que produzcan una convicción lógica de los hechos pedidos en juicio y; (3) Permite que la indemnización sea proporcional al porcentaje de certeza comprobado. Así, no se esperará una labor diabólica de las partes para comprobar la fórmula de responsabilidad, sino que se adecúa al caso concreto y que se condene proporcionalmente a pagar indemnización por el perjuicio probado.

Por lo anterior, consideramos que esta es una teoría viable para casos de pérdida de chance, ya que permite comprobar la causalidad a través de elementos que constan en el proceso y/o exonerarla ante la existencia de pseudochances o situaciones que no son constitutivas de perjuicios indemnizables.

### **C. Criterio de imputación objetiva**

El último criterio o teoría del que hablaremos es el denominado criterio de imputación objetiva. El mismo busca dar respuesta a la pregunta de si determinados hechos causantes deben ser considerados jurídicamente como relevantes y si permiten la imputación objetiva del hecho a una determinada persona<sup>161</sup>. En otras palabras, la teoría tiene lugar en el punto del juicio de imputación de responsabilidad, pues su

---

<sup>161</sup> LUIS DIEZ-PICAZO. FUNDAMENTOS DEL DERECHO CIVIL PATRIMONIAL V: LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. 366 (Editorial Arazandi, Primera edición, 2011)

objeto de estudio es la determinación de si los elementos de hecho que generaron los perjuicios pueden ser jurídicamente atribuibles a una persona, para que se genere su obligación de responder.

Por otro lado, la teoría surge como posible solución a la noción de que la comprobación del nexo causal bajo la teoría de la causalidad adecuada puede estar sujeta a una dosis de subjetividad, en este caso, del juez.

Es entonces que, como medida de solución a la posible subjetividad, lo que hace esta teoría es aportar elementos que faciliten la determinación de cuándo no es justificado que una persona responda por los daños generados de proceso lesivo. Estos elementos son denominados criterios normativos, los cuales fijan límites para determinar si una lesión de un bien jurídicamente tutelado puede ser atribuible a un comportamiento. Lo que ocurre es que, los criterios normativos describen la regla que se debe analizar a fin de analizar cuándo a una persona no se le debe atribuir jurídicamente un hecho dañoso.

De ahí que, quienes apoyan esta teoría expresan que la configuración doctrinal y jurisprudencial de criterios claros y uniformes de imputación generaría una dosis de seguridad jurídica<sup>162</sup> sobre el juicio de imputación de un hecho dañoso. A fin de materializar un poco lo anterior, veamos el siguiente extracto de un fallo proferido por el Tribunal Supremo de España:

---

<sup>162</sup> RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ. CAUSALIDAD EN LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: SOBRE EL ARBITRIO JUDICIAL, LA <<IMPUTACIÓN OBJETIVA>> Y OTROS EXTREMOS. 10-11 (Editorial Civitas, Primera Edición, 2014)

“(i) La actual corriente jurisprudencial sobre la causalidad acude en los últimos años a la imputación objetiva. La teoría de la imputación objetiva intenta superar la teoría de la causalidad adecuada, que a su vez suponía un avance sobre la teoría que resumida en la expresión latina « causa causae, causae causa » (quien es causa de la causa, es causa del mal causado). Se trata de superar así las tendencias objetivadoras, que, sin ser objetivas, sí aplicaban técnicas como la inversión de la carga de la prueba, o la del riesgo por el lucro que produce, llegándose a una exacerbación de la culpa con resultado desproporcionado, imponiendo al demandado la carga de que no incurrió en ningún tipo de negligencia, lo que se rechazaba con la doctrina de que «si algo pasó, es porque algo falló».

(ii) ...

Así, la Sala Primera del Tribunal Supremo lleva años indicando que debe explicarse siempre el "cómo" (causalidad física, hechos probados) y el "por qué" (causalidad jurídica) del evento dañoso para poder imputar el resultado. c) La doctrina del riesgo no resulta aplicable, sin más, en todo siniestro la teoría de la responsabilidad por riesgo o "cuasiobjetiva", como parece pretenderse. El riesgo por sí solo, al margen de cualquier otro factor, no es fuente única de la responsabilidad establecida en los artículos 1902 y 1903 del Código Civil. Riesgo lo hay en todas las actividades de la vida diaria, por lo

que el Tribunal Supremo ha restringido su aplicación a los supuestos en que la actividad desarrollada genera un riesgo muy cualificado, pese a que legalmente no se considere como constitutivos de una responsabilidad objetiva [Ts. 21 de mayo del 2009 (RJ Aranzadi 3030), 10 de diciembre de 2008 (RJ Aranzadi 16 de 2009), 7 de enero de 2008 ( RJ Aranzadi 203 ), 30 de mayo de 2007 (RJ Aranzadi 4338)].

(iii) En la actualidad la Sala Primera del Tribunal Supremo acude a la teoría de la imputación objetiva; que en todo caso sirve para excluir la responsabilidad, y que tiene como pautas o reglas: a) Los riesgos generales de la vida: La vida tiene riesgos propios e inherentes, que son aceptados por todos. Es decir, las "desgracias" sí existen. b) La prohibición de regreso: Encontrada una causa próxima; no debe irse más allá, más atrás, buscando causas remotas. c) La provocación: Quien provocó la situación. Sin descartar que sea el propio perjudicado porque asumiese un riesgo no justificado. d) El fin de protección de la norma, e) El incremento del riesgo, o la conducta alternativa correcta. Si el daño se habría producido igual, aunque se adoptase otra conducta. f) Competencia de la víctima (hechos o situaciones que estaban en el dominio de la víctima). g) Y, en todo caso, y como cláusula cierre, la probabilidad; lo que permite excluir la responsabilidad en los supuestos de eventos altamente improbables,

imprevisibles, y que a la postre nos recuerdan el caso fortuito [ sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2011 ( STS 2897/2011, recurso 124/2008), 14 de marzo de 2011 ( STS 1490/2011, recurso 1970/2006), 9 de febrero de 2011 ( STS 560/2011, recurso 2209/2006 ), 25 de noviembre de 2010 ( STS 6381/2010, recurso 619/2007 ), 17 de noviembre de 2010 ]”.<sup>163</sup>

En resumen, la teoría de la imputación objetiva propone criterios doctrinales y jurisprudenciales que marcan la pauta del juicio de imputación, a fin de despejar posibles subjetividades y sustituirlas por certeza jurídica. Antes de empezar a hablar de los criterios relevantes para nuestro proyecto de investigación, vale hacer la salvedad de que estos criterios no necesariamente serán excluibles unos de otros, es decir, pueden utilizarse dos de forma simultánea si con ello se asiste la búsqueda en pro de la verdad material en un juicio de responsabilidad. Dicho lo anterior, a continuación, daremos un vistazo a los más relevantes para esta investigación: 1) Riesgo general de la vida; 2) La prohibición de regreso; 3) Incremento de riesgo.

### ***1. Criterio del riesgo general de la vida***

El contenido de este criterio puede desprenderse de su propio nombre. El criterio del riesgo general de la vida prevé que en toda sociedad y por el mismo hecho de vivir, existen zonas de riesgo en ámbitos vitales y que no forma parte del rol de un ciudadano eliminar cualquier riesgo de otro.<sup>164</sup> En otras palabras, el derecho no le

---

<sup>163</sup> Sentencia del 24 de febrero de 2017. Tribunal Supremo de España.

<sup>164</sup> Supra 161, pág. 368

exige a la sociedad que elimine el riesgo inherente a la propia existencia a fin de eliminar cualquier tipo de posible lesión. Dentro de estos riesgos generales de la vida se encuentran el infortunio, las limitaciones del sujeto (una predisposición patológica, por ejemplo) y las limitaciones de la medicina, entre otros.<sup>165</sup> En esa línea, lo que hace este criterio es sostener que no procede la imputación jurídica de un hecho dañoso cuando el mismo ha sido fruto de la realización de riesgos habitualmente ligados a la existencia natural del sujeto damnificado: tanto los vinculados a formas de actuar que, ordinariamente, ocurren o que siempre cabe esperar en el transcurso normal de la existencia del afectado, como los que con independencia de una acción u omisión del dañado desencadenada precisamente por la conducta del responsable, estén ligados de manera muy general a la existencia humana en la forma de socialización y civilización correspondiente.<sup>166</sup> Por este criterio, ha dicho el Tribunal Supremo de España, por ejemplo, que no cabe exigir responsabilidad por sufrir un balonazo mientras se asiste a un partido de fútbol (STS de 7 de marzo de 2018) o por haber dejado un juguete en medio de un pasillo y provocar un resbalón (STS de 17 de julio de 2007).

Ahora bien, es menester referirnos al uso de este criterio en un caso de pérdida de chance de curación o supervivencia. En ese sentido, creemos que el mismo podría ser de utilidad como medio de exclusión de responsabilidad del galeno, si los medios de

---

<sup>165</sup> Supra 162, pág. 225

<sup>166</sup> YURI LÓPEZ CASAL. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y SUS CRITERIOS EN EL DERECHO DE DAÑOS COSTARRICENSE. 119 Revista Judicial, Costa Rica. 119, 126 (2016) (El criterio del riesgo general de la vida).

prueba demuestran que el paciente no se recuperó de su padecimiento por el desarrollo natural del mismo. Así, el riesgo en este caso vendría siendo el curso causal iniciado del paciente y la exclusión, la comprobación de que los perjuicios generados son consecuencia de la propia enfermedad. Sin embargo, a pesar de que consideramos que este criterio podría ser de utilidad, es probable que el mismo no fuera suficiente para un juicio de responsabilidad por pérdida de chance. Lo anterior, en virtud de que, por la complejidad de los casos, no hay que analizar solo el padecimiento del paciente sino, si este tenía probabilidades de curarse y, por supuesto, la incidencia causal que haya tenido la conducta del galeno en el perjuicio, a fin de repartir de forma adecuada y proporcional la responsabilidad.

## ***2. Criterio de prohibición de regreso***

El criterio de la prohibición de regreso establece que no debe imputarse objetivamente el daño a quien puso en marcha un curso causal que condujo al resultado dañoso, cuando en este interviene sobrevenidamente la conducta dolosa o gravemente imprudente de un tercero, a menos que esta última conducta se haya visto decisivamente favorecida por la del autor mediato.<sup>167</sup> En otras palabras, se prevé la existencia de un curso causal iniciado por una persona pero, posteriormente se da una intervención negligente de un tercero, entonces, como consecuencia, no es posible regresar al que inició el curso causal y se termina imputando a quien intervino

---

<sup>167</sup> JULIO CÉSAR GALÁN CORTÉS. RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA 636 (Editorial Arazandi, S.A.U., Séptima Edición, 2020)

negligentemente. Así, este criterio, que bajo jurisprudencia norteamericana se ha catalogado como “too remote” busca imputar responsabilidad a la causa próxima del daño, estableciendo que encontrada esta, no es necesario regresar a una causa remota. Entonces, con la intervención negligente del tercero, se dice que se ha iniciado un nuevo curso causal, en donde lo relevante para imputar o no responsabilidad no reside tanto en el grado de reproche de la conducta realizada por el tercero, sino en el grado de aporte causal del nuevo curso en la producción del resultado.<sup>168</sup> Un ejemplo jurisprudencial de aplicación en caso de responsabilidad médico-sanitaria, lo trae el Tribunal Supremo de España mediante Sentencia de 14 de febrero de 2006. En el mismo, a una mujer se le practicó, en primer lugar, un legrado en virtud de que presentaba un embarazo intrauterino no evolutivo que le producía dolores y pérdidas sanguíneas. Sin embargo, se estableció que el mismo fue incompleto puesto que, quedaron en el interior de su útero restos del embarazo. Entonces, nueve días después de lo anterior le diagnosticaron erróneamente un embarazo extrauterino y se le practicó a la paciente una salpingectomía izquierda, esto siendo la extirpación de un segmento de la Trompa de Falopio, lo que constituyó la pérdida funcional de dicho órgano. Se valoró que la decisión de extirpar una parte de la Trompa fue realizada sin que hubiese necesidad de hacerlo. En este caso, se negó la responsabilidad del primer cirujano, aquel que practicó el legrado incompleto con fundamento en el criterio de

---

<sup>168</sup> LUIS FERNANDO REGLERO CAMPOS Y LUIS MEDINA ALCOZ. EL NEXO CAUSAL. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD. LAS CAUSAS DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD: CULPA DE LA VÍCTIMA Y FUERZA MAYOR en Reglero Campos, Luis Fernando y Busto Lago, José Manuel. Tratado de responsabilidad civil. Tomo I 794-795 (Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 5ª edición, 2014)

prohibición de regreso. Se estableció que no era necesario hacer un regreso a la conducta del primer cirujano, toda vez que se había demostrado que el segundo incidió causalmente y de manera más inmediata en la producción del desenlace final (la extirpación de un segmento de la Trompa de Falopio). De igual forma, el Tribunal Supremo dispuso que la integración del nexo de causalidad debe hacerse manteniendo un grado de proximidad razonable, aceptable en términos de Derecho, y adecuado a las reglas de experiencia sobre la posibilidad de previsión de las consecuencias, al menos cuando la imputación lo es a título de culpa entre la conducta o conductas negligentes a las que se anuda la responsabilidad y el resultado dañoso producido.<sup>169</sup>

En resumidas cuentas, vemos que el criterio de prohibición de regreso puede ser utilizado en casos de responsabilidad médico-sanitaria, si se verifica la incidencia causal de un médico interviniente posterior. Sin embargo, esta no aplica si el segundo médico interviniente se ve favorecido con la negligencia del primero.

En cuanto a la aplicación de este criterio en casos de pérdida de oportunidad, creemos que el mismo podría aplicarse siempre y cuando se den los requisitos de existencia de la figura. Por ejemplo, el caso analizado al ver la falla en la prestación de servicio podría analizarse bajo la perspectiva de la prohibición de regreso. Esto, en virtud de que el paciente acudió primero a una clínica en donde no fue atendido correctamente y, en lugar de realizarle exámenes, el paciente fue enviado a casa. Posteriormente, cuando la salud del paciente deterioró y tuvo que ser ingresado al hospital, el paciente sufrió una falla de servicio que fue la que finalmente estableció el Consejo de Estado

---

<sup>169</sup> Sentencia del 14 de febrero de 2006. Tribunal Supremo de España.

que frustró sus chances de sobrevivencia. En esa línea, bajo el criterio de prohibición de regreso podría establecerse que, la causa próxima a la frustración de las chances fue la defectuosa atención del hospital y que, encontrada esta causa, no resultaba necesario regresar a la atención primigenia que se le dio al paciente.

Por lo anterior, este criterio podría ser de utilidad en casos de pérdida de chance, toda vez que se analiza la incidencia causal de las intervenciones que haya tenido un paciente, lo que es necesario al determinar si la negligencia médica fue la causante de la frustración de chances de curación o sobrevivencia del paciente. De igual forma, suma puntos a este criterio el hecho de que la negligencia es necesaria, mas no suficiente para imputar responsabilidad, lo que cae como anillo al dedo a casos de pérdida de chance. Y es que, no es suficiente que un médico haya obrado de forma culposa, sino que también debe probarse que fue este actuar culposo, lo que generó la frustración de las chances de curación y/o sobrevivencia del paciente (incidencia causal en el desenlace).

Por último y a pesar de lo anterior expuesto, habrá que tener cuidado al momento de utilizar este criterio en los casos de pérdida de oportunidad, toda vez que no siempre el panorama de los casos trae la colación de intervenciones -remotas entre sí- de distintos médicos. Lo que significa que, si bien es aplicable, no lo será el 100% de las veces.

### *3. Criterio de incremento de riesgo*

El criterio de incremento de riesgo establece que no debe imputarse a una determinada conducta un hecho dañoso concreto, si, suprimida la conducta, el hecho dañoso en su configuración totalmente concreta se hubiera producido también con seguridad o probabilidad rayana en la certeza y, si la conducta no ha incrementado el riesgo de que se produzca el hecho dañoso. Por otro lado, sobre la imputabilidad de las omisiones, el criterio establece que se excluye responsabilidad si la acción debida no hubiese evitado el hecho dañoso.<sup>170</sup> En otras palabras, este criterio define el juicio de imputación en función de la incidencia que haya tenido la conducta en el resultado final. Si la conducta negligente sobrepasa los límites de riesgosis aceptados por un ordenamiento jurídico, entonces podría generarse el deber de responder.

Por supuesto, ante este juicio de incremento o no del riesgo surge la pregunta “¿Cómo se determina si una conducta negligente incrementa o no el riesgo?” Esta se responde dejando claro que no existe el incremento de riesgo aun cuando se hubiese actuado de forma diligente había seguridad o probabilidad cercana a la certeza, de que un resultado sustancialmente idéntico se habría producido. Así, la atribución o imputación de la conducta negligente no es viable cuando se compara a una conducta diligente, y aun así no se ha incrementado el riesgo de que se produzca un resultado

---

<sup>170</sup> LUIS DÍEZ-PICAZO, FUNDAMENTOS DEL DERECHO CIVIL PATRIMONIAL V: LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. 374 (Editorial Civitas, Primera Edición. 2011)

dañoso. Entonces, se dice que, respecto a la actuación dañosa, la conducta negligente ha sido idéntica a una actuación diligente.<sup>171</sup>

Este criterio, aunque un poco ambiguo, nos invita a hacer un juicio funcional de negligencia y diligencia, a fin de medir la incidencia causal que ha tenido la conducta en la producción del hecho dañoso. Por consiguiente, lo que se debe hacer para excluir o imputar responsabilidad es verificar el supuesto de hecho bajo una conducta alternativa (una conducta diligente) y, toda vez que esta demuestre la producción del mismo resultado aún con el cambio de conducta, la obligación de responder no podrá ser generada. Un caso de aplicación jurisprudencial en la actividad médico-sanitaria lo trae el Tribunal Supremo en la Sentencia de 18 de junio de 2013. En el mismo, una mujer tuvo un primer embarazo que culminó con un aborto con legrado, un segundo que terminó con un parto por cesárea transversal y un tercero, 15 meses después, en donde se le intentó hacer un parto vaginal. En medio de este tercer parto, la mujer sufre una alteración de la frecuencia cardiaca fetal y se le termina haciendo una cesárea de urgencias. De esto, se derivó una asfixia fetal por cese de suministro sanguíneo y de oxígeno a la placenta con daño y muerte neuronal, lo que motivó que posteriormente a la niña le diagnosticaran una parálisis cerebral. Ante lo anterior, la Sala, sirviéndose de la asistencia de expertos, estimó que un parto vaginal tras uno de cesárea constituía un parto de riesgo, que, si bien se podría practicar bajo las condiciones adecuadas, no contaba en autos que existiese un debido registro

---

<sup>171</sup> RODRIGO ABELARDO FUENTES GUÍÑEZ. LA EXTENSIÓN DEL DAÑO CONTRACTUAL. 220 (Editorial La Ley, 2009)

cardiotocográfico para la evaluación fetal. En otras palabras, la actuación del médico demandado en practicar un parto vaginal previo a uno de cesárea sin la utilización de los cuidados necesarios incrementó el riesgo que ya de por sí contraía el parto de la mujer. Y es que, estima la sala que “lo que no puede el médico es incrementar de forma innecesaria e inadecuada los riesgos que ya en su mismo tiene el acto médico y hacer partícipe de los mismos a la paciente sin una previa y detallada información y consentimiento expreso de esta, cuando era posible hacerlo”.<sup>172</sup> Así, bajo este criterio se analizó la conducta del galeno ex ante y ex post, en la medida en que se verificó si la conducta que tomó el médico de practicar el tercer parto de forma vaginal, constituía o no un incremento de riesgo imprudente que vulnerara la *lex artis ad hoc* y produjera, como en efecto se estimó, el deber de responder.

Ahora bien, en cuanto a la aplicación de este criterio en casos de pérdida de chance de curación y/o de sobrevivencia, creemos que el mismo podría ser de utilidad. Lo anterior, en la medida en que se utilicen los medios probatorios aportados en el proceso para valorar si la actuación del médico incrementó el riesgo de un resultado desfavorable de forma innecesaria. Por supuesto, se debe partir de la premisa en estos casos de que el paciente ya trae consigo un padecimiento, por lo cual, si se quiere analizar la comprobación del nexo causal bajo este criterio, deberá verificarse con sumo cuidado si la conducta del galeno fue imprudente y/o negligente y que, como consecuencia, incrementó el riesgo de un resultado desfavorable para el paciente que culminó en la frustración de sus chances de sobrevivencia o de curación.

---

<sup>172</sup> Sentencia del 18 de junio de 2013. Tribunal Supremo de España.

#### IV. MEDIOS DE PRUEBA

Un tema relevante a analizar antes de terminar de exponer sobre la prueba, son los instrumentos que utilizan las partes para cumplir con su carga, esto siendo, los medios de prueba. Y es que, resulta fácticamente imposible que un juez pueda analizar las teorías probatorias o si se comprobó el nexo de causalidad de un juicio de responsabilidad si las partes no aportan los medios de prueba para ello. Así entonces, los medios de prueba constituyen los diversos instrumentos o elementos utilizados dentro del proceso y dirigidos a producir el convencimiento del juez respecto a las afirmaciones de las partes.<sup>173</sup> Para verificar cuáles elementos de convicción sirven de asistencia a las partes, debemos irnos a las leyes que regulan el procedimiento en cada país puesto que, no necesariamente todos los medios permitidos bajo la ley panameña son también los permitidos en España, por ejemplo. Así entonces, de conformidad con el artículo 780 del Código Judicial de la República de Panamá, son medios de prueba los siguientes:

**“Artículo 780.** Sirven como prueba los documentos, la confesión, el juramento, la declaración de parte, la declaración de testigos, la inspección judicial, los dictámenes periciales, los informes, los indicios, los medios científicos y cualquier otro medio racional que sirva a la formación de la convicción del juez, siempre que no estén

---

<sup>173</sup> JORGE FÁBREGA P. MEDIOS DE PRUEBA. TOMO I. 22 (Segunda edición corregida aumentada)

expresamente prohibidos por la ley, ni violen derechos humanos, ni sean contrarias a la moral o al orden público.

Pueden asimismo emplearse calcos, reproducciones y fotografías de objetos, documentos y lugares.

Es permitido, para establecer si un hecho puede o no realizarse de determinado modo, proceder a la reconstrucción del mismo. Si el juez lo considera necesario, puede procederse a su registro en forma fotográfica o electromagnética.

En caso de que así conviniera a la prueba, puede también disponerse la obtención de radiografías, radioscopias, análisis hematológicos, bacteriológicos y la práctica de cualquier otro procedimiento de comprobación científica.”

De lo anterior citado, se prevé que en legislación panameña existe un sistema de *numerus apertus*, esto es, que la ley otorga libertad probatoria a las partes para que aporten al proceso elementos de convicción que no sean prohibidos por ley. Y, adicionalmente, enlista los medios de prueba más comunes en el proceso.

Ahora bien, como el objeto de esta sección es analizar la columna vertebral del proceso a la luz de casos de pérdida de oportunidad de curación y/o de sobrevivencia, analizaremos, brevemente, en esta última parte los medios de prueba relevantes para efectos de cumplir con la carga probatoria que permita que el juez genere la obligación de responder para un médico u hospital por casos de pérdida de chance. Estos son: las pruebas documentales y las periciales.

En primer lugar, las **pruebas documentales** hacen referencia a todo objeto que tiene el propósito de comprobar o ilustrar algo<sup>174</sup>. Entre estos, la legislación panameña enlista algunos tales como, certificaciones, escritos, copias, cuadros, entre otros.<sup>175</sup> El documento que se aporte puede ser público, cuando es otorgado por un servidor público en el ejercicio de sus funciones o privado, cuando es expedido por particulares.

Para casos de responsabilidad médico-sanitaria, la prueba documental puede ser de gran ayuda en la comprobación de la situación ex ante del paciente hasta que sucedió el hecho dañoso. Y es que, con la aportación de documentos como el expediente clínico o el documento del consentimiento informado, el juez puede verificar ciertos datos de relevancia para evaluar si el médico actuó o no de conformidad con la *lex artis ad hoc*. Así, por ejemplo, con la aportación del expediente clínico al proceso, el juez podría verificar la secuencia de servicios médicos que se le dieron al paciente. En otras palabras, a través de este documento puede verse la condición del paciente, evolución, tratamientos y procedimientos médicos que se le dieron, siempre y cuando haya sido registrado.

De igual forma, para casos de pérdida de chance, este documento puede particularmente servir de ayuda al momento de comprobar el padecimiento que tenía el paciente cuando acudió al médico y cómo fue tratado. Esto constituye suma relevancia pues, para que hablemos de pérdida de chance, será relevante verificar que

---

<sup>174</sup> Id. P. 112

<sup>175</sup> Artículo 832 del Código Judicial de la República de Panamá.

el paciente venía con un padecimiento, pero que tenía probabilidades de evitar que el mismo se convirtiera en un resultado desfavorable.

Por otro lado, tenemos la **prueba pericial**. Esta prueba constituye un medio de aportar cierto tipo de datos o asesoramiento al proceso de carácter científico, técnico o especializado. En esa línea, se ha dicho que el peritaje sirve para verificar las afirmaciones de las partes sobre los hechos de la causa.<sup>176</sup> Asimismo, los peritajes toman relevancia para evaluar los supuestos de hecho en los procesos, sobre todo, cuando los mismos incluyan elementos que no pertenezca a la experiencia común ni formación específica del juez.

En el caso particular de la responsabilidad médico-sanitaria, las pruebas periciales toman especial relevancia ya que, se requieren de conocimientos específicos en la materia para realizar el juicio de imputación y verificar si el nexo causal está comprobado. Y es que, el juez en estos tipos de procesos debe escuchar las opiniones de los profesionales para verdaderamente comprender el supuesto de hecho que se le presenta. La importancia de la prueba pericial en esta materia ha trascendido jurisprudencialmente en distintas partes del mundo, a tal punto que se ha dicho que “no puede desconocerse que para la determinación de la existencia de posibles infracciones de la ‘lex artis’ se requieren especiales conocimientos de la ciencia médica que deben ser facilitados por técnicos especializados en la materia. En tal sentido, la jurisprudencia viene sosteniendo que la valoración de los informes

---

<sup>176</sup> JORGE FÁBREGA P. MEDIOS DE PRUEBA. TOMO II. 489,493 (Segunda edición corregida aumentada)

periciales o de técnicos peritos requiere un análisis crítico de los mismos, incumbiendo al órgano judicial valorar los datos y conocimientos expuestos en ellos de acuerdo con los criterios de la sana crítica que determina el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y debiendo atender a la fuerza probatoria de los dictámenes con base en la mayor fundamentación y razón de ciencia aportada, y conceder, en principio, prevalencia a aquellas afirmaciones o conclusiones que vengan dotadas de una mayor explicación racional.”<sup>177</sup> Así, para casos de responsabilidad médico-sanitaria, la información que puedan aportar los peritos resultará altamente funcional para que el juzgador realice el juicio diligencia o negligencia, en función de la opiniones de expertos en la materia.

De igual forma, para casos de pérdida de chance de curación y/o de supervivencia, la información que puedan brindar los peritos servirá de asistencia para determinar 1) La existencia de chances de curación en el paciente; 2) Si el médico actuó de forma diligente o negligente y, 3) Si fue la diligencia, en caso de comprobarla, la que pudo haber frustrado las chances de curación o mejoría. Así entonces, resulta fundamental la existencia de esta prueba para comprobar que existe la pérdida de oportunidad y que el juez, evalúe de conformidad con la sana crítica las opiniones de los peritos antes de tomar una decisión sobre el traslado del perjuicio de cabeza.

---

<sup>177</sup> Sentencia del 30 de diciembre de 2014. Tribunal Supremo de España.

## **CAPÍTULO VI: REPARACIÓN DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD**

Como última parte de este proyecto de investigación, corresponde analizar cómo se repara la pérdida de chance de curación y/o de sobrevivencia. Y es que, una vez abarcado el primer plano de casualidad y comprobado que la negligencia médica llevó a que el paciente viera frustradas sus probabilidades de curación y/o de sobrevivencia a su padecimiento, corresponde ver el segundo plano, que es el de cuantificar el perjuicio propiamente tal. A fin de abarcar de una forma completa lo anterior, es menester analizar temas como quién puede pedir indemnización por pérdida de chance, qué se necesita en una resolución judicial para su declaración esté basada en Derecho en lugar de arbitrariedades, cuál es el contenido de la reparación en estos casos, cuál es el mecanismo para cuantificarla y, por último, hablaremos de la posibilidad de generar un banco de datos predecible y cómo este podría ser beneficioso para el Derecho de Daños.

### **I. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA**

Un tema sumamente importante al estudiar una relación jurídica en un proceso y que guarda relación con la pretensión indemnizatoria es la legitimación en la causa. La misma está reconocida como la condición o cualidad de carácter procesal que el ordenamiento legal sustantivo reconoce a una determinada categoría de sujetos (acreedores, herederos, accionistas, contratantes, etc.) que faculta a estos para

pretender sobre una concreta relación jurídica en el caso del demandante, y, en el caso del demandado, para oponerse a las pretensiones esgrimidas en su contra.<sup>178</sup> Así, la legitimación es un concepto que estudia la relación entre las partes en el proceso y la pretensión del mismo. En esa línea, vale entonces hacer la distinción de que, una cosa es que una persona pueda interponer una demanda y otra, muy distinta que aquella persona tenga derecho a la pretensión que demanda porque, para ello debe existir una determinada relación. Así, por ejemplo, una persona no puede exigir el cumplimiento judicial de una obligación de la cual no es parte, puesto que no está legitimada para ello.

De igual forma, este concepto toma relevancia al momento de dictar y verificar la validez de una sentencia, toda vez que si se dicta una a solicitud de quien no está legitimado activamente o en contra de quien no lo está pasivamente, convierte al acto en irregular e inconfirmable.<sup>179</sup> De esto se desprende que para que una persona pueda acceder a los efectos de una sentencia debe tener una relación con el objeto de lo que se demanda sino, se vulnera el acceso de las personas a una tutela judicial efectiva.

De las nociones anteriores, vale hacer una precisión de la legitimación activa y pasiva. En primer lugar, la legitimación activa supone la identidad entre la persona a quien la ley le concede el derecho a demandar y quien asume en el proceso el carácter de actor. Esto, independientemente de si coincide o no con la titularidad del derecho

---

<sup>178</sup> JORGE FÁBREGA P. INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL. TOMO I. 678 (Segunda edición aumentada y corregida, 2004)

<sup>179</sup> MARCELO LÓPEZ MESA, DERECHO DE DAÑOS: MANUAL, LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. 461 (Editorial B de F. 2019).

reclamado en la litis<sup>180</sup>, como veremos más adelante. Por otro lado, la legitimación pasiva supone la identidad entre la persona demandada y la pretensión reclamada por el demandante. En este caso, haremos énfasis en la legitimación activa ya que, lo que se pretende es verificar quién podría pretender la indemnización por la pérdida de una oportunidad de curación y/o de sobrevivencia, pero antes de ahondar en ello, se debe hablar un poco de la legitimación activa en un proceso de responsabilidad.

#### **A. Legitimación activa en un juicio de responsabilidad**

En un proceso de responsabilidad, tendrá legitimación activa la persona a quien la ley le concede una acción para reclamar indemnización por el perjuicio ocasionado. Generalmente, el legitimado se identifica como el perjudicado por el hecho dañoso. Sin embargo, como hay múltiples formas de que ocurran hechos dañosos, no siempre los mismos van a tener un solo perjudicado en el mismo grado. Esto quiere decir que puede existir el damnificado directo, quien es la víctima inmediata del hecho dañoso y el damnificado indirecto que es aquel en quien repercute el perjuicio sufrido por otro.<sup>181</sup> Así, por ejemplo, digamos que en una familia ocurre el caso de la madre soltera que es víctima de un accidente de vehículo, lo que la deja incapacitada por un período largo de tiempo. En este caso, la madre soltera es la damnificada directa, pues es la que sufrió el choque, pero sus hijos son los damnificados indirectos puesto que, por extensión del mismo hecho dañoso verán afectada la subsistencia económica que

---

<sup>180</sup> Id. P. 461

<sup>181</sup> Supra 179, p. 463.

la misma les proveía. Por supuesto, resulta lógico que en este caso la legitimada activa en el juicio sea la madre, por ser la víctima directa.

Ahora bien, al momento de reclamar la indemnización del perjuicio sufrido, quien posea la legitimación activa deberá cumplir con una condición muy importante; el perjuicio sufrido deberá ser personal. Esta característica del perjuicio, como hemos visto anteriormente, guarda relación con la noción de quien reclame la indemnización del perjuicio sea quien efectivamente esté sufriendo las consecuencias del hecho dañoso o, en su defecto, sus sucesores. Lo anterior resulta lógico pues, ni puede solicitar el traslado de perjuicio de cabeza quien no lo ha sufrido, ni el juzgador puede ordenarlo sin caer en un enriquecimiento injustificado. Lo anterior conduce a la siguiente premisa; en un juicio de responsabilidad, la indemnización del perjuicio debe ser solicitado por quien ha sufrido el daño, pero puede existir legitimación activa en cabeza de otras personas directa o indirectamente perjudicadas, como sucede en los casos de indemnización por causa de muerte.<sup>182</sup> Esto último tomará importancia cuando ocurran casos de pérdida de chance de sobrevivencia ya que, lo que se reclama es la frustración de las chances de sobrevivencia del paciente, lo que indica que el ejercicio de la pretensión indemnizatoria no puede ser instaurado por quien lo sufrió. Pero antes de hacer unas consideraciones sobre cómo se podría instaurar este proceso, hay que hacer una diferenciación entre acción personal y acción hereditaria.

---

<sup>182</sup> MARIANO YZQUIERDO TOLSADA, RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. 441 (Editorial Dykinson, S.L., 5ª Edición. 2019)

- En primer lugar, **la acción personal** es la que ejercita el legitimado directo o indirecto, en razón de los perjuicios que en su propia cabeza se encuentra sufriendo por la extensión del hecho dañoso. Esto quiere decir que, en este caso, la persona que ejerce la pretensión invoca el perjuicio personal que le generó la extensión del hecho dañoso. Lo anterior, así sea el damnificado directo o, si este fallece, el damnificado indirecto por contragolpe. Entonces, lo que debe demostrar el actor en este caso es el perjuicio que él mismo ha sufrido personalmente y, si triunfa, obtendrá la reparación de los perjuicios que personalmente ha sufrido como demandante.<sup>183</sup> Así, por ejemplo, si se da el caso de muerte de un paciente por falla de servicio, los legitimados indirectos, que generalmente son sus familiares, podrán solicitar indemnización por vía de la acción personal por los perjuicios emergentes, morales, entre otros, que sufrieron a causa de la extensión del hecho dañoso. Este, reiteramos, no es el mismo perjuicio que sufrió el paciente, sino aquel que sufren sus familiares por lo ocurrido al paciente.
- En segundo lugar, tenemos la **acción hereditaria**. En este caso, el causahabiente se presenta en nombre de su autor, reclamando el perjuicio sufrido por la víctima del hecho dañoso. En este caso, deberá probar el perjuicio sufrido por la víctima y, de triunfar, obtendrá la reparación del

---

<sup>183</sup> MAZEAUD-TUNC-CHABAS, conforme citado por JAVIER TAMAYO JARAMILLO, TRATADO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. TOMO II. 979-980 (Editorial Legis, Segunda edición corregida y aumentada, 2007)

perjuicio sufrido por la víctima inicial.<sup>184</sup> Así entonces, en caso de pretender indemnización por el perjuicio sufrido por la víctima fallecida, existe la vía de la acción hereditaria en donde aquel que instaura el juicio pretende la reparación de los perjuicios sufridos por el perjudicado directo del hecho dañoso. Así, por ejemplo, si se da el caso de muerte por falla de servicio, la acción hereditaria serviría para que los familiares del fallecido pretendan la reparación de los perjuicios ocasionados en la víctima directa. A pesar de esto, vale hacer la salvedad de que no creemos que esta acción sea absoluta ni que funcione para todo tipo de perjuicios. Por ejemplo, si se habla del daño moral, el mismo no resulta transmisible porque, este es un perjuicio que se produce en la personalidad de la víctima, lo que es a su vez intransmisible. Por ello, no podría cobrarse este perjuicio por la acción hereditaria.

Ahora bien, una vez despejadas las vías por las que una persona puede convertirse en el demandante de una pretensión indemnizatoria por los perjuicios ocasionados, nos referiremos cómo esto se materializaría en los casos de pérdida de oportunidad de curación y/o de sobrevivencia.

En primer lugar, como hemos visto, los casos de **pérdida de oportunidad curación** hacen referencia a los casos en los que un paciente que ya viene con una afección y ve frustrada la probabilidad de curarse o de no empeorar su estado, a consecuencia de la defectuosa o escasez de actuación del médico. Esto quiere decir que, en estos

---

<sup>184</sup> MAZEAUD-TUNC-CHABAS, conforme citado por JAVIER TAMAYO JARAMILLO, TRATADO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. TOMO II. 979-980 (Editorial Legis, Segunda edición corregida y aumentada, 2007)

casos, el damnificado directo del hecho dañoso queda con vida, pero se le han frustrado las probabilidades de recuperarse de su padecimiento. Entonces, estimamos que el legitimado activo en un juicio de responsabilidad por pérdida de chance de curación, será el perjudicado directo del perjuicio pues, por el carácter personal de este, es quien se encuentra de forma más inmediata sufriendo las consecuencias de la negligencia médica.

En segundo lugar, tenemos la **pérdida de oportunidad de sobrevivencia**. Como recordaremos, este perjuicio trata los casos en los que el paciente está sumergido en un curso causal negativo, en el que su salud se encuentra comprometida y depende de que este curso causal sea interrumpido a tiempo para que la invalidez o la muerte no se produzcan. Así, entonces, lo que se frustran son las probabilidades de permanecer con vida o en capacidad. Si la persona queda con vida, la respuesta a quien puede ostentar la legitimación activa podrá ser la misma que en la pérdida de chance de curación. Pero si el paciente fallece, es claro que el mismo no podrá instaurarse en un proceso como actor reclamando indemnización por el perjuicio sufrido. Surge, por consiguiente, la siguiente pregunta; si la víctima directa fallece, ¿Se podría pretender la pérdida de oportunidad de sobrevivencia? Consideramos que esto es posible, utilizando la vía de la acción hereditaria, es decir, si los parientes cercanos de la víctima directa instauran el proceso pretendiendo la indemnización por la pérdida de oportunidad de sobrevivencia. Así, entonces, se transmite el ejercicio de indemnización de la chance pues, es lo que realmente se ha frustrado y ha salido del patrimonio de la víctima por la negligencia del galeno. De esta forma, el legitimado

activo serán los parientes cercanos a la víctima, que buscarán que la negligencia del galeno o del hospital que frustró las probabilidades del paciente de sobrevivir no quede impune. De hecho, ya se ha visto que esto ha ocurrido en este propio proyecto de investigación. Y es que, al hablar de casos de falla de servicio en la pérdida de oportunidad, vimos el caso del paciente que murió por la defectuosa prestación del servicio hospitalario. Como el paciente murió, fueron sus parientes los legitimados activos en el proceso y los que finalmente recibieron la indemnización otorgada por el Consejo de Estado. Inclusive, en Panamá, aunque no se habló específicamente de pérdida de oportunidad, el Patronato del Hospital Santo Tomás, fue condenado a pagar indemnización al padre de la hija que falleció por falla en la prestación del servicio que prestó el hospital.<sup>185</sup> Así entonces, la legitimación activa en un proceso de responsabilidad por pérdida de chance, dependerá del tipo de oportunidad que se pretende reparar y, habrá que tener en cuenta la vía adecuada para que exista una adecuada relación entre la pretensión indemnizatoria y el supuesto de hecho que se demanda.

## **II. PRECEPTOS FUNDAMENTALES DE INDEMNIZACIÓN**

Al llegar al tema de reparar los perjuicios en un proceso de responsabilidad, es primordial conocer ciertos preceptos para indemnizar. Y es que, como hemos visto, resarcir es ciertamente una de las funciones del Derecho de Daños, de hecho, es la

---

<sup>185</sup> Sentencia del 26 de abril de 2016. Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral.

consecuencia clásica de generar el deber de responder y trasladar el perjuicio de cabeza. Por ello, resulta lógico pensar que la idea no es resarcir a toda costa sino, en función del perjuicio sufrido y probado. A fin de aclarar cómo se debe generar la obligación resarcitoria, hablaremos en esta sección sobre el principio básico de la indemnización; el principio de la reparación integral. Posteriormente, expondremos sobre la importancia de la motivación del quantum indemnizatorio y la condena en abstracto.

#### **A. Principio de reparación integral y pérdida de oportunidad**

Como hemos visto, una de las funciones del Derecho de Daños consiste en la reparación de los perjuicios sufridos por la víctima y traslado de estos a la cabeza del causante del hecho dañoso. Entonces, una vez se ha determinado que existe una buena razón para trasladar el perjuicio de cabeza, debe considerarse cómo este debe ser reparado. Para ello, acudiremos a la regla básica de resarcimiento; el principio de la reparación integral.

Conocido también como “*restitutio in integrum*”, el principio de la reparación integral va dirigido a lograr “la más perfecta equivalencia entre los daños sufridos y la reparación obtenida por el perjudicado, de tal manera que este quede colocado en una situación lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría si el hecho dañoso no hubiera tenido lugar”. De igual forma, se prevé que para que esto suceda se deben cumplir con dos condiciones. La primera, es que la reparación debe comprender todo el daño resarcible y no solamente una parte del mismo y, la

segunda, es que la reparación debe limitarse estrictamente al daño efectivamente producido, sin que pueda excederlo o superarlo, para no comportar un enriquecimiento injusto a favor del sujeto perjudicado.<sup>186</sup> En otras palabras, la anterior conceptualización doctrinal de este principio indica que, una vez probado el perjuicio por causa del agente, el derecho debe buscar poner al perjudicado en la situación más próxima a la que se encontraba antes. Por supuesto, aunque nos encontramos de acuerdo con la regla de que se debe reparar solo el perjuicio efectivamente sufrido, siempre se debe recordar que el derecho no es magia y que no puede borrar los perjuicios del mundo. Entonces, este principio debe buscar equilibrar la situación en el sentido de trasladar solamente el perjuicio efectivamente sufrido y probado a la cabeza del causante, a título de indemnización.

Y es que, se debe tener en cuenta que, “si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin justa causa a favor de la “víctima”; si el daño se indemniza por debajo del realmente causado, se genera un empobrecimiento sin justa causa para la víctima. Es así el daño la medida del resarcimiento.”<sup>187</sup> Con lo anterior, se visibiliza claramente que, cuando ocurre un hecho dañoso, el juzgado debe evaluar el caudal probatorio a fin de entender cuáles son los perjuicios subsistentes que se deslindan del hecho dañoso, y ordenar la

---

<sup>186</sup> MAITA MARIA NAVERIA ZARRA. EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. 161-162 (Universidade Da Coruña, Facultad de Derecho, Departamento de Dereito Privado, 2004)

<sup>187</sup> JUAN CARLOS HENAO. EL DAÑO: ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO EN DERECHO COLOMBIANO Y FRANCÉS. 45 (Editorial de la Universidad de Externado de Colombia, Primera Edición, 1998)

reparación de estos, evitando por un lado, el enriquecimiento injustificado de la víctima y, por otro, que la negligencia del demandado quede impune y exista un empobrecimiento sin causa.

Ahora bien, cuando se trata de pérdida de oportunidad, encontraremos casos de uso indiscriminado de la figura, en donde so pretexto de estar haciendo una indemnización integral, se ordena indemnizar perjuicios que no se han causado, o se lo hace en una medida mayor a la realmente generada.<sup>188</sup> La materialización de lo anterior, implicaría indemnizar “pseudochances”, fijar quantum indemnizatorio a base de equidad más que en la evaluación de las chances frustradas de curación y/o de sobrevivencia, o inclusive, conceder el 100% de indemnización en casos de pérdida de oportunidad. Y es que, se debe recordar que lo indemnizable en estos casos no es la muerte, la invalidez o la pérdida de una extremidad, entre otros, sino la frustración de las probabilidades que tenía la víctima de evitar el desenlace final. Es decir, que se deberá hacer un cálculo sobre la probabilidad que tenía la víctima de evitar el sufrimiento de perjuicios y conceder indemnización en base a esto. Una vez entendido aquello, resulta lógico que la indemnización nunca será de un 100% ya que, como hemos visto, nunca sabremos si la persona hubiese sobrevivido a su padecimiento o se hubiese recuperado del mismo, pero es cierto que tenía probabilidad de hacerlo y que la culpa médica ha frustrado las chances de lograr aquello.

---

<sup>188</sup> LUIS FELIPE GIRALDO GÓMEZ. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL. SU APLICACIÓN EN EL CAMPO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. 355 (Universidad Externado de Colombia, 2ª ed., 2018)

Tomando en consideración lo anterior expuesto, somos de la opinión que la pérdida de chance no atenta contra el principio de la reparación integral ya que, la indemnización de este perjuicio busca que se genere proporcionalmente la obligación, trasladando de cabeza el perjuicio subsistente y probado. Y es que, la reparación integral no es sinónimo de indemnización de 100% en sentido de quantum, sino de limitar la reparación al perjuicio resarcible, lo que en el caso de pérdida de chance implica acudir a las probabilidades que se le han frustrado a la víctima y trasladar proporcionalmente el perjuicio que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar. Así, si vemos en un caso jurisprudencial una indemnización de un 100% a título de pérdida de chance, estaremos frente a un uso indiscriminado de esta figura y no al cumplimiento del principio de la reparación integral.

### **B. La importancia de la motivación del quantum**

La materialización del traslado de perjuicio de cabeza de quien lo sufrió a la de quien lo ocasionó, depende de que exista certeza sobre las razones por las cuales surte este traslado lo que ocurre cuando se comprueba el nexo de causalidad. Una vez probado el primer plano de la causalidad, procede la fijación del quantum indemnizatorio.

A fin de conceptualizar un poco cómo se llega a lo último expuesto es menester exponer sobre la importancia de la motivación en las resoluciones judiciales y, cómo esto lleva a la fijación del quantum indemnizatorio en procesos de responsabilidad.

En primer lugar, la motivación de las resoluciones judiciales constituye una exigencia que se satisface cuando la resolución judicial contiene razones o elementos de juicio que permiten conocer cuáles son los criterios jurídicos que fundamentan la decisión.<sup>189</sup> Se ha dicho que la motivación es un deber jurídico del juzgador, fundamentado en la posibilidad de evitar arbitrariedades dentro del proceso y garantizar el derecho a una sentencia fundada y congruente.<sup>190</sup> En otras palabras, la motivación permite que las partes en un proceso conozcan a profundidad las razones del juez para generar la obligación de responder en procesos de responsabilidad. Así, la motivación implica que el juzgador explique el fundamento de derecho en donde se subsumen los hechos, implica la explicación de una solución al caso concreto objeto del proceso, sumergida en un razonamiento lógico y coherente basado en principios y normas. La sentencia debe mostrar el convencimiento del juez, el proceso en el que este basa su decisión y las razones que la motivan. Es entonces como la falta de lo anterior lleva a la arbitrariedad de una resolución judicial.<sup>191</sup> Lo anterior, en la medida en que las partes en el proceso no tendrán certeza o seguridad jurídica sobre el resultado del fallo, al haber falta de razonamiento de cómo los supuestos de hecho fueron probados y llevaron a un resultado específico.

---

<sup>189</sup> CRISTINA ZOCO ZABALA. IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS Y MOTIVACIÓN DE SENTENCIAS. 104-105 (J.M. Bosch editor, 2003)

<sup>190</sup> JORGE FÁBREGA PONCE. PRINCIPIOS PROCESALES EN MATERIA CIVIL *en* Principios Procesales. Coord. Jorge Fábrega. 47 (Editorial Cultural Portobelo, 2010)

<sup>191</sup> BEATRIZ ANGÉLICA INGUNZA FRANCISCKOVIC. LA SENTENCIA ARBITRARIA POR FALTA DE MOTIVACIÓN EN LOS HECHOS Y EL DERECHO. Revista de Derecho 13 (2012)

Ahora bien, en materia de procesos de responsabilidad, la motivación resulta primordial al momento de generar la obligación de responder. Esto, porque es con la explicación del juzgador que las partes pueden ver cómo el juez se convenció de la existencia y contenido del hecho dañoso, la subsistencia de los perjuicios que se encuentra sufriendo la víctima y cómo estos deben ser sufragados por el causante del hecho dañoso, generando la obligación indemnizatoria. Así entonces, en la mayoría de los casos en los que se genere la obligación de responder, la resolución judicial detallará la suma que el obligado deberá pagar al perjudicado. Este quantum no aparece como una entidad natural, sino que debe visualizarse en función de criterios jurídicos coherentes con las exigencias que prevé el ordenamiento jurídico en materia de resarcimiento. Y es que, a fines del resarcimiento se necesita que tal quantum adquiera completa certidumbre, no bastando una medida imprecisa que no tenga carácter definitivo.<sup>192</sup> En otras palabras, una vez comprobado que se debe generar el traslado del perjuicio, el juez debe valorar, en función de los medios de prueba aportados, el grado de responsabilidad del causante en los perjuicios subsistentes de la víctima en el caso concreto, a fin de determinar el monto exacto en que el perjudicado será indemnizado. Este quantum debe ser motivado a fin de evitar que la resolución judicial sea vista como arbitraria. Y es que, tomemos por ejemplo un caso en el que el demandante pide US\$.100,000.00 por los perjuicios sufridos y en el proceso se compruebe efectivamente el contenido del hecho dañoso y la existencia de

---

<sup>192</sup> ADRIANO DE CUPIS. *EL DAÑO. TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL*. 349 (Ediciones Olejnik, Luis M. Salazar y equipo, revisión de la traducción. Primera Edición, 2020).

perjuicios en la víctima, pero el juez al momento de fallar concede un resarcimiento de US\$.35,000.00 en este proceso y en uno similar concede US\$.50,000.00 ¿No deberían las partes saber por qué no se conceden los US\$.100,000.00? Y aquí, no es el hecho de que se conceda la suma máxima, es saber por qué no lo hace, a fin de garantizar el derecho a una sentencia motivada y congruente con lo pedido y probado. Por último, debemos referirnos a la importancia de la motivación en casos de pérdida de chance de curación y/o de sobrevivencia. En estos casos, cuando una pérdida de oportunidad ha sido probada, es esencialmente importante que el juez plasme su convencimiento en la resolución judicial. Y es que, siendo este perjuicio tan particular, no es extraño que las partes requieran visualizar cómo el juez razonó que la negligencia del galeno fue la causante de que la víctima viese frustrada las chances de curación y/o de sobrevivencia. En esa línea, el juez debe plasmar que se ha probado (1) la existencia de chances de curación y/o de sobrevivencia sobre el padecimiento que ya tenía la víctima, (2) la configuración de la culpa médica en la prestación del servicio médico y (3) que fue esta culpa médica la causante de que la víctima viera frustradas sus chances de recuperación y/o de sobrevivencia de forma irreversible. Plasmado este plano causal en la motivación, el juez debería motivar el quantum del perjuicio indemnizable. En esa línea, vale recordar que el quantum indemnizatorio de la pérdida de chance no será de un 100% sino, proporcional a la probabilidad que le ha sido frustrada a la víctima en función de la incertidumbre sobre si la persona se hubiese recuperado, pero certeza sobre la probabilidad de hacerlo. Así entonces, el juez debe hacer una proyección de esas probabilidades,

basada en los medios de prueba que se aportaron y fijar un quantum indemnizatorio que será sufragado por el obligado a responder por el acto, pero para que esto ocurra sin caer en enriquecimiento injustificado o en un uso indiscriminado de la figura, se debe hacer valer el deber jurídico de motivar las resoluciones judiciales y con ello el quantum indemnizatorio.

### ***1. La condena en abstracto***

Como hemos visto, fijar el quantum indemnizatorio de los perjuicios generados por un hecho dañoso no es una tarea fácil. Por esto, resulta previsible que existan casos en los que se logre probar la existencia del hecho dañoso y los perjuicios subsistentes en la víctima, pero no existan suficientes elementos para que el juez fije el quantum indemnizatorio. Para estos casos, la ley panameña prevé la posibilidad de que el juzgador expida una condena en abstracto, reconociendo la existencia del derecho vulnerado y constitución del hecho dañoso, pero dejando para la fase de ejecución, la fijación de suma líquida de los perjuicios.<sup>193</sup> Así entonces, la condena en abstracto presupone la idea de que el primer plano de la causalidad ha sido probado, es decir, que existe un hecho dañoso extendido en perjuicios que deben ser reparados por quien lo generó, pero que no es posible liquidar los perjuicios al momento del fallo. Entonces, procede el juez a fijar las bases de la liquidación y, una vez la resolución

---

<sup>193</sup> JORGE FÁBREGA P. INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL. TOMO II. 1344-1345 (Segunda edición corregida y aumentada, 2004)

judicial está en firme, la parte favorecida con el fallo tendrá seis meses, bajo ley panameña, para presentar una liquidación motivada y especificada<sup>194</sup> del quantum de los perjuicios a resarcir. Es importante aclarar que, en la liquidación de perjuicios posterior a la condena en abstracto no se busca reformar la sentencia emitida pues, se entiende que se ha comprobado la existencia del hecho dañoso y los perjuicios, y lo que hace falta es la liquidación motivada del quantum indemnizatorio. Así entonces, en una solicitud de liquidación de condena en abstracto “no le es dable al Tribunal dilucidar sobre si una actuación, acto, acuerdo, resuelto, etc., han infringido o no disposiciones legales, pues lo que le corresponde al Juzgador es solo fijar la liquidación a la que tienen derecho los actores, según las pruebas aportadas al respecto”.<sup>195</sup>

Por otro lado, hay quienes dicen que este proceso, si bien resultó novedoso cuando se permitió habría que reevaluar si continúa cumplimiento su propósito hoy día. Y es que, antes si no podía estimar su quantum indemnizatorio, se entendía -erróneamente- que el perjuicio no había sido comprobado, lo que vulneraba principios básicos de responsabilidad civil. Pero, si bien no deja de ser cierto lo anterior, hoy día este mecanismo extiende el proceso por un tiempo prolongado, tiempo que pasa sin que el perjudicado reciba la indemnización a la que tiene derecho. Por esto, otros países como Colombia han eliminado dicho proceso incidental de liquidación de condena en

---

<sup>194</sup> Artículo 996 del Código Judicial de la República de Panamá.

<sup>195</sup> Sentencia del 5 de enero de 2010. Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral.

abstracto y en su lugar, prefieren que el juez decreta práctica de pruebas de oficio a fin de estimar correctamente el daño a indemnizar.<sup>196</sup>

A pesar de que nos gustaría seguir ahondando en lo anterior expuesto, ese no es el propósito de esta sección. Lo importante es entender que, no siempre el juez contará con los elementos de convicción suficientes para fijar el quantum indemnizatorio y, a falta de esto, la ley panameña le otorga la posibilidad de recurrir a la vía de la condena en abstracto, para no dejar de generar la obligación de responder.

### **III. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD COMO UN PERJUICIO INDEMNIZABLE**

Una vez hablado sobre los preceptos fundamentales que se deben materializar en una resolución judicial que genere una obligación resarcitoria, corresponde verificar las particularidades que deben buscarse en una situación de pérdida de chance, a fin de entenderla como un perjuicio indemnizable. Y es que, hasta ahora hemos ido verificando como se comprueba su contenido y existencia a fin de que se genere la obligación de responder, pero ahora veremos primero, si existe algún umbral de posibilidad que pueda determinar si la pérdida de oportunidad es indemnizable y, posteriormente, cuáles son los criterios a tomar en cuenta para indemnizar el contenido de este perjuicio sin caer en un enriquecimiento injustificado.

---

<sup>196</sup> JORGE FÁBREGA. INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL. TOMO II. 1344 (Segunda edición corregida y aumentada, 2004)

## A. Contenido de la reparación por pérdida de chance

A pesar de que a lo largo de este proyecto de investigación hemos visto repetidamente qué es lo resarcible en casos de pérdida de oportunidad, consideramos pertinente aterrizar las bases que hemos ido viendo, a fin de que pueda quedar claro qué es lo que realmente se resarce en pérdida de oportunidad.

En primer lugar, es relevante aclarar que **lo indemnizable en casos de pérdida de oportunidad es la chance** que tenía la víctima de obtener un beneficio o evitar una pérdida, misma que ha sido frustrada de forma irreversible. Así entonces, se ha sostenido que debe diferenciarse el perjuicio que produce la pérdida de una probabilidad del resultado final, es decir, de la ganancia frustrada o la pérdida sufrida por la víctima<sup>197</sup>. Por ejemplo, en casos de pérdida de chance curación y/o de sobrevivencia, debe diferenciarse la muerte, la pérdida de una extremidad, la invalidez, entre otros, de las probabilidades que tenía la víctima de evitar ese resultado final. En esa línea, lo resarcible será la probabilidad misma, y no el desenlace que finalmente ha sucedido. La razón data en lo que hemos ido viendo a lo largo de este proyecto; la pérdida de chance trae consigo una dosis de incertidumbre, respecto a la consideración de que, si el médico hubiese obrado de forma diligente (en casos de pérdida de chance en materia médica) el paciente se hubiese recuperado, pero certeza de que esas probabilidades de recuperarse existieron y se han perdido por

---

<sup>197</sup> LUIS FELIPE GIRALDO GÓMEZ. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL. SU APLICACIÓN EN EL CAMPO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. 398 (Universidad Externado de Colombia, 2ª ed., 2018)

la culpa médica. Por esto, al momento de cuantificar el perjuicio pérdida de oportunidad, debe tenerse en cuenta que la chance es la medida de reparación. Y es que, lo perdido y frustrado realmente lo constituye la probabilidad cualificada de evitar un perjuicio u obtener una ganancia, por lo que resulta lógico que la extensión de la reparación se mida en función de la oportunidad que se ha perdido de forma irreversible.

En segundo lugar, estimamos pertinente reiterar que en casos por pérdida de oportunidad **no se otorgarán indemnizaciones por el 100%**. La premisa anterior resulta lógica en la medida en que se tiene en cuenta no solo el factor álea (incertidumbre) que trae consigo la pérdida de oportunidad, sino también la noción de que la medicina no es una ciencia exacta y que, no existe una fórmula matemática que diga que, en todos los casos, un padecimiento será curado con un tratamiento específico. Es entonces como la indemnización por la pérdida de oportunidad debe ser mensurada en función de la probabilidad perdida y no puede ser igual a la ventaja que habría proporcionado esta chance si se hubiera realizado.<sup>198</sup> Por esto, el quantum indemnizatorio será fijado en función de las probabilidades que el paciente tenía de recuperarse de su padecimiento.

En tercer lugar, somos de la opinión que para cuantificar el perjuicio en debida forma es imperante que **se realice un cálculo de las probabilidades que tenía el paciente de recuperarse de su padecimiento**. Y es que, a fin de fijar correctamente el quantum indemnizatorio sobre la chance que se ha perdido, debe conocerse

---

<sup>198</sup> Sentencia del 16 de julio de 1998. Corte de Casación Civil de Francia.

puntualmente el porcentaje de probabilidades que tenía el perjudicado de recuperarse de su padecimiento, en casos de pérdida de chance de curación y/o de sobrevivencia. Esto, a su vez, trae consigo un problema doble: ¿Cuántas oportunidades tenía la víctima? ¿Cuánto valían esas oportunidades?<sup>199</sup> Para lograr esta cuantificación de oportunidades, debe partirse desde un criterio esencialmente prospectivo, en los que el juez mentalmente se plantea desenlaces hipotéticos de la situación del damnificado al momento del hecho dañoso. En este análisis, el juez hace una doble evaluación en la cual pretende determinar cuál hubiera sido la situación de la víctima si la chance invocada se hubiera realizado y, en una segunda evaluación aprecia la chance misma, es decir, el grado de probabilidad según el cual el acontecimiento se hubiera producido o el perjuicio se hubiese evitado. Así, con esta doble evaluación el juez debe llegar a una conclusión que determine si de acuerdo con la situación de salud de la víctima, al estado de conocimientos médicos en ese momento y a las posibilidades terapéuticas con que se contaba para atenderla, era más probable que se curara, empeorara o muriera. Y, determinado ello, procede entonces que evalúe aproximadamente cuál era el rango o proporción estimativa de la probabilidad de curación.<sup>200</sup> Por supuesto, esta evaluación y estimación del cálculo de probabilidades no debe provenir meramente de la cabeza del juez. Y es que, este debe tener en

---

<sup>199</sup> FRANÇOIS CHABAS. LA PÉRDIDA DE UNA OPORTUNIDAD (“CHANCE”) EN EL DERECHO FRANCÉS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. 33 Revista de Responsabilidad Civil y del Estado 16, 34 (2013) (La reparación del perjuicio)

<sup>200</sup> MARCELO LÓPEZ MESA, RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA Y PÉRDIDA DE CHANCE DE CURACIÓN (La “mala praxis médica” y el reclamo por la no recuperación de la salud o el agravamiento de la enfermedad). Revista de Derecho de Daños 7, 32 (2008). Cuantificación de la pérdida de chance de curación.

cuenta que, al encontrarse en casos de una materia en la que no es experto (medicina), debe entonces apoyarse de los medios de pruebas que consten en el proceso y el alcance que estos han tenido en la comprobación de la existencia de chances de curación en el paciente. Solo siguiendo lo anterior, podrá determinarse de forma efectiva el cálculo de chances y fijar un quantum indemnizatorio adecuado.

Resumiendo lo anterior expuesto, podemos concluir que la fijación del quantum indemnizatorio en casos de pérdida de oportunidad de curación y/o de sobrevivencia depende del coeficiente de probabilidades que tenía la víctima de evitar el desenlace final. Así, lo resarcible no será el perjuicio finalmente efectuado, sino la chance misma que se tenía de evitarlo y es por esto, que la indemnización será proporcional y no de un 100%. Y, a fin de fijar un quantum que se encuentre conforme con los principios del Derecho de Daños y se separe del enriquecimiento injustificado, el juez deberá prestar atención a los expertos en materia médica que hayan asistido en el caso.

### **B. Elementos necesarios para indemnizar la pérdida de chance de curación y/o de sobrevivencia**

Una vez aclarado el contenido de la obligación indemnizatoria por pérdida de chance, corresponde evaluar cuáles son los criterios específicos que el juzgador debe tomar en cuenta al momento de fijar el quantum indemnizatorio. Y es que, los casos de pérdida de chance varían infinitamente, por lo que corresponde analizar caso por caso y

encontrar en cada uno elementos que permitan determinar si es posible generar la obligación de responder sin caer en un enriquecimiento injustificado. Para ello, veremos los elementos de (1) evaluación del estado del paciente ex ante el hecho dañoso y, (2) evaluación del estado de la ciencia médica al momento del hecho dañoso.

### *1. Evaluación del estado del paciente ex ante el hecho dañoso*

El primer elemento a tomar en cuenta es la evaluación del estado del paciente ex, ante el hecho dañoso. Este elemento sirve para calcular la existencia de chances de curación en el enfermo, requisito imprescindible para que se pueda hablar de pérdida de chance de curación y/o de sobrevivencia.

En primera medida, este elemento tiene su razón en que en los casos de responsabilidad médica el tribunal debe colocarse ex ante el hecho dañoso. Esto, porque para formarse un juicio sobre lo sucedido, el tribunal debe colocarse en el día y hora en que los profesionales del nosocomio o el médico interviniente debieron tomar una decisión, ver cuál era el cuadro del enfermo y cuáles eran los elementos con que contaban o podían contar los galenos.<sup>201</sup> Lo anterior es primordial en casos de pérdida de chance de curación y/o de sobrevivencia, toda vez que en estos deben necesariamente evaluarse las condiciones preexistentes del paciente, a fin de delimitar si este tenía chances de recuperarse cuando fue atendido.

---

<sup>201</sup> Id. P. 34

Estas condiciones preexistentes hacen referencia a la situación patológica con la que el enfermo llega a la asistencia médica. Ante esto, vale hacer la salvedad de que se debe diferenciar entre la situación patológica que presenta el enfermo de las simples tenencias y deficiencias de las cuales todos, como seres finitos y limitados somos potencialmente portadores.<sup>202</sup> En otras palabras, una cosa es la enfermedad con la que el paciente llega al médico o nosocomio que constituye el curso causal iniciado en casos de pérdida de oportunidad y otra, muy distinta, son las preexistencias que por razón genética, hereditaria, entre otros, tiene el paciente.

Así entonces, estas condiciones preexistentes (situación patológica) deben necesariamente ser tomadas en cuenta cuando lo que se pretende es analizar si estamos frente a un caso de pérdida de chance de curación y/o de sobrevivencia ya que, estas simbolizan el curso causal negativo iniciado, es decir, simbolizan que el paciente venía con un padecimiento pero, ayudan a determinar si tenía oportunidad de recuperarse del mismo. Lo anterior es importante, en la medida en que aceptamos que el galeno no responde por el estado del paciente ex ante el hecho dañoso, sino por las consecuencias de la lesión que causa<sup>203</sup>, lo que en nuestro caso vendrá siendo la pérdida de oportunidad. Lo anterior simboliza la importancia de evaluar el estado del paciente y su incapacidad preexistente, toda vez que no hacerlo implicaría colocar al

---

<sup>202</sup> JUAN MANUEL PRÉVÔT Y RUBÉN ALBERTO CHAIA. PÉRDIDA DE CHANCE DE CURACIÓN. 104 (Editorial Astrea)

<sup>203</sup> Id. P. 100

enfermo en mejor situación de la que habría estado de tener éxito la práctica, lo que es inadmisibile.<sup>204</sup>

A modo de conclusión, podemos decir que el estado del paciente al llegar a la atención médica debe ser evaluado en todo caso de pérdida de chance en materia médica. Esta evaluación tendrá incidencia directa en la liquidación del perjuicio, toda vez que la chance es la medida de reparación en casos de pérdida de oportunidad y, para liquidarla en debida forma resulta necesario que se evalúe caso por caso, si el paciente tenía en efectos chances que frustrar.

## ***2. Evaluación del estado de la ciencia médica al momento del hecho dañoso***

El segundo elemento a tomar en cuenta es el estado de la ciencia médica al momento del hecho dañoso, ante el estado específico del paciente. Este elemento toma relevancia tanto para calcular la probabilidad de curación del padecimiento del paciente, como para hacer un juicio valorativo de diligencia o negligencia sobre la actuación del galeno.

En primera medida, debemos recordar que cuando se habla de responsabilidad médica, siempre debe tenerse en cuenta la *lex artis ad hoc*, es decir, el conjunto de técnicas disponibles para el galeno en el momento en que intervino, tomando en consideración el cuadro específico que presentaba el paciente. Así, una vez evaluado el elemento del padecimiento específico que presentaba el paciente cuando llegó a la

---

<sup>204</sup> Supra 200, p. 38

atención médica, procede evaluarse si, con las técnicas, especialización, y conocimientos de la ciencia médica en ese momento, era posible que el paciente se recuperara de su enfermedad. Y es que, no puede exigírsele a un profesional que cure una enfermedad si, para el momento del hecho dañoso no existía un medicamento o procedimiento idóneo para ello.<sup>205</sup> Adicional a esto, el estado de la ciencia médica servirá de referencia para hacer el juicio diligencia o negligencia sobre el hecho dañoso específico. Esto, en la medida en que permite hacer una evaluación que tome en consideración, por un lado, el estado del paciente y, por otro, las técnicas y conocimientos disponibles de la medicina en ese lugar y momento dado, a fin de determinar si el galeno actuó o no de conformidad con la *lex artis ad hoc*.

En virtud de lo anterior expuesto, podemos decir que el elemento de evaluación del estado de la ciencia médica es primordial al momento de reparar casos por pérdida de chance. Y es que, recordemos que no puede juzgarse al médico por una técnica que al momento en que se da la relación médico-paciente no existía. Entonces, corresponde hacer un contraste entre el estado del paciente y los conocimientos disponibles y empleados por el galeno, a fin de calcular las chances de recuperación del paciente ex ante el hecho dañoso y adecuarlas en función de la negligencia efectuada por el galeno.

---

<sup>205</sup> LUIS FELIPE GIRALDO GÓMEZ. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL. SU APLICACIÓN EN EL CAMPO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. 407 (Universidad Externado de Colombia, 2ª ed., 2018)

#### **IV. MECANISMOS PARA INDEMNIZAR LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD**

En términos de obligación resarcitoria por pérdida de chance en materia médica, hemos visto hasta el momento lo que debe contener el resarcimiento y qué elementos debemos tomar en cuenta, pero nos hace falta exponer sobre los mecanismos que han sido utilizados por distintas jurisdicciones para indemnizar este perjuicio. Como veremos a continuación, es general que al idear mecanismos se busque lograr un criterio uniformado que dote de certeza jurídica sobre la cuantificación de los perjuicios a las partes en un proceso. De lo anterior, se desprende A) el uso de la estadística y B) la posibilidad de generar un banco de datos predecible.

##### **A. El uso de la estadística en la pérdida de chance**

Un mecanismo avalado por la jurisprudencia colombiana para cuantificar casos de pérdida de oportunidad es el recurso de la estadística. Esta es la rama de la matemática que utiliza grandes conjuntos de datos numéricos para obtener inferencias basadas en el cálculo de las probabilidades.<sup>206</sup> La necesidad de acudir a este recurso asiste a la noción de que la determinación de la pérdida de oportunidad no puede ser una mera especulación, sino que es necesario que de manera científica quede establecida cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar

---

<sup>206</sup> Diccionario de la Real Academia Española.

su vida.<sup>207</sup> Entonces, la estadística se utiliza para construir inferencias sobre la base del cálculo de probabilidades que tenía la víctima de evitar la lesión finalmente padecida.<sup>208</sup> Ahora bien, ¿cómo se materializa el uso de la estadística en casos de pérdida de chance de curación y/o de sobrevivencia? Como todo lo que hemos ido viendo, para que el juez utilice la estadística debe basarse, en primer lugar, en los medios de prueba que se han aportado en el proceso. Estos pueden incluir literatura científica que incluya porcentajes sobre la probabilidad de curación de ciertas enfermedades, así como dictámenes periciales de expertos en el tema y testimonios técnicos de médicos de diferentes especialidades para que emitan su concepto.<sup>209</sup> Con los medios de prueba descritos anteriormente, el juez podrá determinar la probabilidad que tenía la persona de recuperarse de su padecimiento en un nivel porcentual. Por supuesto, esta probabilidad debe ser evaluada no solo desde el punto de vista de la enfermedad en sí, sino también adecuando el porcentaje a las condiciones subjetivas de la persona (edad, estado de la enfermedad cuando llega a la atención, entre otros). Para esto, será importante analizar caso por caso y verificar lo que digan los dictámenes periciales de la probabilidad de recuperación del estado del paciente. Una vez atenuado el porcentaje en función de las condiciones subjetivas, el juzgador contará con el porcentaje de chances de curación y/o de sobrevivencia. Pero, este proceso no puede acabar sin que el juez logre materializar el porcentaje en

---

<sup>207</sup> Sentencia del 31 de agosto de 2006. Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

<sup>208</sup> Sentencia del 26 de febrero de 2014. Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

<sup>209</sup> Supra 205, p. 408

términos numéricos ya que, al final del día la obligación resarcitoria se plasmará en la suma de dinero que pagará el obligado. Para esto, es común que el juez tome como punto de referencia la indemnización del perjuicio finalmente efectuado (muerte, invalidez, pérdida de una extremidad, entre otros) y deduzca de este monto el porcentaje que había determinado como chance frustrada, otorgándolo finalmente como indemnización. En resumidas cuentas, se examina cuántas oportunidades tenía el paciente de no sufrir este otro perjuicio; se calcula la indemnización según esas oportunidades, pero tomando como base la suma que habría servido para indemnizar por la muerte o por la pérdida cierta de cualquier otra ventaja esperada.<sup>210</sup>

Si se toma en cuenta lo anterior desde un punto de vista práctico, un juez podría, a través de los medios de prueba aportados en el proceso, ver que una persona que padece de una neumonía tiene un 60% de probabilidad de recuperarse si es detectada y tratada a tiempo. Entonces, digamos que la persona tiene alrededor de 35 años y se encuentra medianamente comprometida, por lo que los dictámenes periciales que constan en el proceso indican que la persona tenía un 55% de probabilidades de curarse de su enfermedad, pero se comprueba que por negligencia médica estas probabilidades fueron frustradas. Así entonces, si se determina que la indemnización por causa de muerte en casos de neumonía hubiese sido de US\$.350,000.00, de este monto se extrae el 55%, que vendría siendo US\$ 192,500.00, lo que constituiría finalmente el monto que debe resarcir el obligado en concepto de pérdida de chance

---

<sup>210</sup> LUIS FELIPE GIRALDO GÓMEZ. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL. SU APLICACIÓN EN EL CAMPO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. 417 (Universidad Externado de Colombia, 2ª ed., 2018)

de supervivencia. Con esto, prevalece el criterio de que la chance es la medida de resarcimiento y que, la cuantificación del perjuicio no es de un 100% sino proporcional a la chance frustrada del paciente en un caso específico.

### **B. Posibilidad de generar un banco de datos predecible**

La labor de cuantificar la pérdida de chance de curación y supervivencia es, sin lugar a dudas, una de las tareas más difíciles para el juzgador. Y es que, como vimos desde un principio, a pesar de que esta figura es reconocida en distintas jurisdicciones del mundo jurídico, muchas veces la forma en la que se reconoce dista de lo que podría considerarse como una noción justa y equitativa para las partes. Por ello, surge la necesidad de sistematizar criterios para poder identificar, evaluar y cuantificar la pérdida de chance, a fin de que cuando la misma sea invocada en una resolución judicial, se perciba de forma motivada y no solo en función del “prudente arbitrio” del juzgador. De igual forma, se adiciona a lo anterior que siempre se tendrá que tomar en cuenta la importancia esencial que tiene la medicina legal y el informe pericial, en cualquier procedimiento, en la actividad de proponer el criterio de valoración a aplicar.<sup>211</sup> Así entonces, somos de la opinión que la homogenización de criterios en materia no solo de pérdida de chance, sino también en temas relacionados a la propia responsabilidad civil, constituiría un bien que ayudaría a dar certeza jurídica sobre las decisiones judiciales.

---

<sup>211</sup> UMBERT SAIGÍ-ULLASTRE, ESPERANZA L. GÓMEZ-DURÁN y JOSEP ARIMANY-MANSO. CUANTIFICACIÓN DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN RESPONSABILIDAD PROFESIONAL MÉDICA. 39 Revista Española de Medicina Legal 157, 158 (2013) (Cuantificación de la pérdida de oportunidad).

A fin de lograr esto, hablaremos en esta última sección sobre la posibilidad de generar lo que llamaremos un “**banco de datos predecible**”. En otras palabras, un espacio o plataforma en donde las personas puedan ver cómo se ha fallado ante determinados supuestos de hecho y cómo estos han sido evaluados y cuantificados, a fin de levantar proyecciones sobre nuevos supuestos de hecho o simplemente, entender cómo ciertas figuras son tratadas bajo ley panameña.

Para lograr lo anterior, consideramos que uno de los primeros pasos para ello sería reconocer la importancia de la publicidad de las resoluciones judiciales. Esta es la idea de que los fallos que se emiten sean efectivamente publicados para que cualquier persona puede acceder a ellos. Esto da certeza jurídica en la medida en la que las personas pueden ver cómo los jueces y magistrados juzgan un determinado supuesto de hecho, cómo lo valoran y cómo lo cuantifican. Esta publicidad de los fallos no debería estar caracterizada por la mora o la falta de publicación masiva los mismos. Y es que, el derecho dista mucho de ser estático, cada día nuevas teorías y doctrinas van abriendo su paso y evolucionando el pensamiento jurídico. Entonces, si las personas solo tienen acceso a fallos de hace 5, 10 o 20 años atrás, sería difícil sistematizar un criterio que podría bien ya haber quedado obsoleto. Por ello, estimamos que, uno de los primeros pasos para generar un banco de datos predecible, es la tarea de que exista un rápido acceso a las resoluciones judiciales, a fin de que las personas puedan ver cómo el poder judicial califica y repara los perjuicios que genera un hecho dañoso. Por ejemplo, con esto se podría ver qué es lo que nuestra Corte considera como pérdida de oportunidad y cómo cuantifica su indemnización. Así, la publicidad

de las decisiones se perfila como la mejor forma de lograr claridad y evitar suspicacias. Es, a la vez, un modo de modernizar, perfeccionar y corregir errores.<sup>212</sup>

En segundo lugar y solo una vez exista un debido acceso a las resoluciones judiciales, podríamos pensar en la sistematización de fallos. Esta sería la noción de poder contar con categorías o secciones de temas que se desprenden del derecho y son tratadas en resoluciones judiciales en donde se pueda buscar, por ejemplo, qué se considera por pérdida de oportunidad y ver cuándo esta es indemnizable o, qué criterio se tiene sobre la carga dinámica de la prueba en Panamá. De hecho, ya la Procuraduría de la Administración ha creado un sistema que facilita la búsqueda de la jurisprudencia de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y lo Laboral,<sup>213</sup> el cual permite ver cómo ha fallado la Sala Tercera ante determinados supuestos de hecho. Así, consideramos que la sistematización de las resoluciones judiciales ayudaría a los estudiantes de derecho, abogados y juzgadores, a ver cómo el derecho ha evolucionado en nuestro país y permitiría hacer proyecciones en base a nuevos supuestos de hecho. Esto, ayudaría a responder preguntas como ¿Se ha fallado algún caso así? Y, de ser cierto, ¿Cuánto le otorgaron a la víctima? De igual forma, ayudaría a visualizar la evolución de criterios en jurisprudencia patria.

---

<sup>212</sup> ELENA I. HIGHTON, CARLOS G. GREGORIO y GLADYS S. ÁLVAREZ. CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS PERSONALES. PUBLICIDAD DE LOS PRECEDENTES Y POSIBILIDAD DE GENERAR UN BAREMO FLEXIBLE A LOS FINES DE FACILITAR DECISIONES HOMOGÉNEAS Y EQUILIBRADAS. Revista de Derecho Privado y Comunitario - Derecho y Economía 127, 190 (1999). (Conclusiones sobre la importancia de la publicación de las resoluciones judiciales).

<sup>213</sup> Ver página de la plataforma electrónica de Jurisprudencia Sistematizada Contencioso-Administrativa: <http://jurisis.procuraduria-admon.gob.pa/>

En tercer y último lugar, creemos que la sistematización haría posible la creación de lo que se conoce en otras jurisdicciones como un **“personal injury calculator”** o, **calculadora de perjuicios**. Este no es más que un programa en donde la persona tiene la posibilidad de colocar la lesión que ha sufrido, si considera que le pasó en base a una relación médico-paciente, en un accidente de tránsito, entre otros, así como su edad y la fecha del hecho dañoso. Como respuesta, la calculadora podría arrojar un quantum indemnizatorio basado en jurisprudencia patria sistematizada de casos similares, lo que ayudaría a entender a la persona cómo trata el derecho la lesión que le sucedió y si vale la pena instaurar una demanda propiamente tal. Por supuesto, la labor de una calculadora de perjuicios no es que se convierta en algo de uso obligatorio, sino en una guía predecible, una referencia del Derecho de Daños en el país, cuestión que permitiría levantar proyecciones y posibilidades basada en jurisprudencia de casos similares. Por supuesto, la generación de un mecanismo como este, solo procede con la debida publicidad y sistematización de resoluciones judiciales.

Para finalizar, aceptamos que la generación de un banco de datos predecible es un mecanismo cuya creación podría parecer difícil, lejana y quizás aún tenga que mejorar. Sin embargo, creemos que empezar a pensar en la importancia de la homogenización y sistematización de criterios es un avance para la evolución del Derecho. Y que, así como esta idea surge de la necesidad de unificar criterios en materia de pérdida de chance y la búsqueda de cómo otras jurisdicciones han tratado de homogenizar criterios en materia de responsabilidad, sería un buen mecanismo a

analizar si se quiere ir de la mano con el dinamismo que caracteriza el Derecho.  
Sobre todo, porque este no debe quedarse atrás de los problemas que pretende solucionar.

## CONCLUSIÓN

Al iniciar este proyecto de investigación, nos propusimos abarcar a cabalidad la teoría conocida doctrinal y jurisprudencialmente como pérdida de oportunidad o pérdida de chance. Y es que, a pesar de que es utilizada en jurisdicciones a lo largo del mundo, esta figura se destaca por la falta de criterios uniformes que la describan, evalúen y cuantifiquen, sobre todo en casos de responsabilidad médica. Por ello, a fin de resolver el problema de la calificación jurídica al que se enfrenta, ver siquiera si la figura puede ser considerada como un perjuicio dentro de la responsabilidad médica, qué perjuicios serían estos, cómo serían probados e inclusive, indemnizados, abarcamos gradualmente cada temática, tomando como base la relación entre el Derecho de Daños y la responsabilidad médica.

La primera problemática que surge al estudiar la figura de la pérdida de chance es, precisamente, la pregunta de cómo el derecho debe tratarla: ¿Es un perjuicio, un nuevo daño autónomo o un criterio de imputación probabilística? A fin de responder la pregunta de forma adecuada, estimamos pertinente responderla teniendo en cuenta los principios y funciones bajo las cuales se rige el Derecho de Daños y sobre todo, tomando en cuenta la necesaria distinción entre daño y perjuicio. Entendiendo lo anterior, concluimos que la pérdida de oportunidad es un perjuicio que tiene por objeto la frustración de la posibilidad de obtener un beneficio económico o evitar una pérdida, frustración que se produce a consecuencia de la culpa de un agente. Se entiende como un perjuicio, toda vez que la misma se produce a consecuencia de una

lesión de un interés jurídico tutelado, es decir, siempre la frustración de una posibilidad se visibilizará como el resultado de un evento antijurídico (hecho dañoso). Una vez despejado el enigma de la calificación jurídica, correspondía estudiar a la misma como un perjuicio susceptible de ser indemnizado. Para ello, resultaba necesario entender que, si bien la pérdida de oportunidad constituye un perjuicio susceptible de ser indemnizado, para que lo anterior ocurra debe comprobarse; (1) que la misma está dotada de cierta incertidumbre, toda vez que lo que se ha frustrado es la **probabilidad** de obtener un beneficio o evitar una pérdida, es decir, que nunca se sabrá, con un 100% de probabilidad que hubiese sucedido. Adicionalmente, a guisa de evitar caer en “pseudochances”, debe comprobarse que (2) existía certidumbre sobre la chance que se frustró, esto es, que la persona se encontraba en una posición potencialmente apta para lograr el beneficio o evitar la pérdida. De igual forma, (3) esta chance frustrada debe tener un carácter irreversible, es decir, ya no hay probabilidad de obtener el beneficio o evitar el detrimento y, por último, para que esta figura constituya un perjuicio susceptible de ser indemnizado, (4) deberá existir una debida relación de causalidad entre la acción u omisión antijurídica y la chance frustrada. Son estos los elementos que, como se comprobó, deben ser identificados a fin de considerar a la pérdida de oportunidad como susceptible de ser indemnizada y son estos mismos elementos, los que la diferencian de otros perjuicios como lucro cesante, perjuicio emergente y perjuicio moral.

Aclarada la pregunta de cuándo nos encontramos ante una situación de pérdida de chance, resulta primordial que, si queremos determinar si esta puede orbitar en el

campo de la responsabilidad médica, se conozcan ciertos aspectos del acto médico y las consecuencias que se desprenden del mismo. Para lograr esto, vimos de primera mano que la *lex artis ad hoc*, entendida como aquel conjunto de técnicas, mecanismos y conocimientos que rodean la praxis médica en un determinado tiempo y espacio, constituye la medida de diligencia de un profesional de la medicina. Esto, porque de ella se desprenden ciertos deberes y obligaciones que un profesional diligente y atento debe seguir (llevar el historial clínico, deber de asistencia médica, diagnóstico, entre otros). Y, aunque se comprobó que la obligación de un profesional médico es de medios, el galeno debe emplear los conocimientos y técnicas disponibles al momento de prestar el servicio médico para cumplir con la *lex artis ad hoc*. De lo contrario, se producirá como consecuencia la denominada culpa médica, está siendo visibilizada como el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la *lex artis ad hoc*, que puede darse a través impericia, imprudencia y negligencia.

Solo luego de haber visto aspectos relacionados al contenido de la pérdida de chance y a la praxis médica, es que es posible adentrarse a estudiar situaciones en los que la relación médico-paciente puede desencadenar la frustración de la posibilidad de evitar una pérdida. Así, se observa que, en un sentido general, en la responsabilidad médica, se hablará de **pérdida de oportunidad de curación** cuando un paciente que ya viene con un padecimiento, ve frustrada la probabilidad de curarse o de no empeorar su estado, a consecuencia de la defectuosa o escasez actuación del médico. Por otro lado, puede generarse también una **pérdida de oportunidad de sobrevivir**, en los casos en los que la salud del paciente se encuentra comprometida y depende de

la interrupción del curso causal por parte del médico para que la invalidez o la muerte no se produzcan. Cuando el curso no es interrumpido y en su lugar se comprueba la culpa médica, se dice que hay una pérdida de oportunidad de sobrevivir. Tal y como en la chance tradicional, se debe comprobar que la persona tenía probabilidades de recuperarse de su padecimiento, pero que estas probabilidades han sido interrumpidas de forma irreversible por la culpa médica de quien lo atendió. Estas situaciones en las que el galeno frustra las probabilidades de recuperarse del paciente pueden variar pero, se encontrarán casos en los que el galeno falla inexcusablemente en determinar correctamente la dolencia que padece el paciente y no ordena los exámenes y monitoreos recomendables en función del padecimiento específico, generando un error de diagnóstico que trae como consecuencia la pérdida de oportunidad de curación del paciente. De igual forma, otro perjuicio de pérdida de chance en responsabilidad médica puede generarse cuando se da la omisión o retardo en la prestación del servicio médico, lo que trae como consecuencia que el paciente vea frustrada la probabilidad de sobrevivir a su padecimiento o de curarse. En cada uno de los perjuicios anteriores, deberá comprobarse que el galeno o el sanatorio actuaron de forma negligente y que ese actuar fue lo que generó la frustración irreversible de las probabilidades de curarse o sobrevivir.

Por supuesto, hace falta mucho más que la comprobación de existencia de un perjuicio por pérdida de chance para que el mismo sea indemnizado. Por ello, procedimos a hablar de la columna vertebral del proceso; la prueba. En el caso de la pérdida de chance de curación y/o de sobrevivencia, vimos que lo esencial es la

comprobación del nexo de causalidad entre la culpa médica y la chance frustrada. Sin esto, no podrá generarse la obligación resarcitoria. Adicionalmente, existen distintas teorías que ayudan a comprobar el nexo de causalidad tales como, la teoría de la carga dinámica de la prueba, el criterio de probabilidad estadística y el criterio de imputación objetiva. Para nosotros, elemento común al elegir una u otra teoría debe ser apostar por la distribución de la carga de la prueba, en lugar de dejar toda la labor al perjudicado ya que, es común reconocer que el médico está en mejor condición de probar los hechos impeditivos, entre estos, que actuó con diligencia en la prestación del servicio médico y, por tanto, su actuación no puede ser reprochada. Ahora bien, independientemente de la teoría que se utilice, es menester que los medios de prueba sean aportados a fin de comprobar el nexo de causalidad. Esta es una necesidad que puede ser suplida con literatura científica, dictámenes periciales o el historial clínico, todos ellos, medios de prueba que pueden ayudar a comprobar que la persona tenía probabilidad de recuperarse de su padecimiento, pero que la culpa médica llevó a que sus probabilidades se frustraran de forma irreversible.

En último aspecto y una vez comprobado el nexo de causalidad, el último problema que nos trae la pérdida de chance de curación y/o de sobrevivencia es su reparación. La premisa básica de la indemnización de este perjuicio, lo constituye la idea de que lo que debe resarcirse es la chance que se frustró y no el perjuicio finalmente efectuado (muerte, invalidez, entre otros). Y es que, haciendo referencia al álea intrínseca (incertidumbre) que viene con este perjuicio, reconoceremos que nunca se sabrá si la persona hubiese evitado el detrimento que finalmente ocurrió y por ello, la

suma indemnizatoria no será del 100%, sino proporcional a la chance que tenía la persona de curarse. A fin de lograr lo anterior, resulta primordial recurrir a la estadística para cuantificar el perjuicio a indemnizar. Con este mecanismo, se debe tomar como referencia la indemnización que se daría por el perjuicio final (muerte, invalidez, entre otros) pero, adecuando esa suma al porcentaje de chances que tenía la persona. Solo así y una vez comprobada la existencia de la pérdida de oportunidad y el nexo de causalidad entre la chance frustrada y la culpa médica, podrá decirse que estamos ante un caso de pérdida de oportunidad de curación y/o de sobrevivencia.

Para finalizar este proyecto de investigación, propusimos una idea que consideramos podría ayudar a evolucionar el Derecho de Daños en nuestro país. Esta es la posibilidad de generar un banco de datos predecible, el cual sería un espacio o plataforma en donde las personas puedan acceder a jurisprudencia sistematizada de los tribunales y también, utilizar una calculadora de perjuicios basada en esta jurisprudencia, mecanismo que utilizarían las personas para colocar los datos de la lesión sufrida con sus características particulares (edad, momento del hecho dañoso, etc.). Con esto, la calculadora arrojaría un quantum indemnizatorio basado en casos similares. Con esto, no pretendemos crear o promover un mecanismo vinculante, sino referencial que ayude a sistematizar criterios del Derecho de Daños a fin de entender temas como, qué piensa la jurisprudencia de la calificación jurídica de la pérdida de chance y levantar proyecciones y probabilidades que estén basados en supuestos fácticos jurídicos. Y es que, como dijimos en este proyecto, el derecho debe ser dinámico y ayudar a resolver problemas al paso de la evolución de la sociedad.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **I. LIBROS**

ADRIANO DE CUPIS. EL DAÑO. TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. (Ediciones Olejnik, Luis M. Salazar y equipo, revisión de la traducción. Primera Edición, 2020).

ALBERTO J. BUERES. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MÉDICOS. (Editorial Hammurabi, Segunda Edición, 1992)

ÁLVARO PÉREZ VIVES. TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES. (Editorial Temis, Volumen III, 1995)

ARNALDO RIZZARDO. RESPONSABILIDADE CIVIL. (Editorial Forense)

AURA EMÉRITA GUERRA DE VILLALAZ. LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL DEL MÉDICO. (Editorial Cultural Protobelo, Primera Edición, 2015)

CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO. LA CULPA Y LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL CAMPO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA. 153 (Ediciones Olejnik, 2019)

CHRISTIAN LARROUMET. TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO. (Editorial Temis, Vol. II, Jorge Guerrero R. trad., 1999)

CRISTINA ZOCO ZABALA. IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS Y MOTIVACIÓN DE SENTENCIAS. (J.M. Bosch editor, 2003)

DAVINIA CADENAS OSUNA. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA. 210 (Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Primera Edición, 2018)

DIEGO M. PAPAYANIS. CAUSALIDAD, PROBABILIDAD EN LOS JUICIOS DE RESPONSABILIDAD *en* Causalidad y Atribución de Responsabilidad. Coord. Diego M. Papayanis. (Editorial Marcial Pons, 2014).

EDUARDO ZANNONI, EL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL. (Editorial Astrea, 3ª Edición actualizada y ampliada, 2005)

ÉDGAR CORTÉS. RESPONSABILIDAD CIVIL Y DAÑOS A LA PERSONA. EL DAÑO A LA SALUD EN LA EXPERIENCIA ITALIANA. ¿UN MODELO PARA AMÉRICA LATINA? (Universidad Externado de Colombia, Primera edición, 2009)

FELIX ALBERTO TRIGO REPRESAS. PÉRDIDA DE CHANCE. (Editorial Astrea, 2008)

FERNANDO HINESTROSA. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: ANTIJURICIDAD Y CULPA, conforme citado en JUAN CARLOS HENAO. EL DAÑO: ANALISIS COMPARATIVO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN DERECHO COLOMBIANO Y FRANCES. (Editorial de la Universidad de Externado de Colombia, Primera Edición, 1998)

FRANÇOIS CHABAS. CIEN AÑOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN FRANCIA. (Van Dieren Editeur, Mauricio Tapia trad., 2003)

GENEVIÈVE VINEY. TRATADO DE DERECHO CIVIL. INTRODUCCIÓN A LA RESPONSABILIDAD (Universidad Externado de Colombia, Fernando Montoya Mateus trad., 2007)

GÉNEVIVE VINEY y PATRICE JORDAIN. LES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITÉ. (L.G.D.J., 3ª Edición, 2006)

GUIDO ALPHA. LA RESPONSABILIDAD CIVIL: PARTE GENERAL, VOLUMEN 1. (Editora y Distribuidora Ediciones Legales E. I. R. L., César E. Moreno Moore trad., Primera Edición en español, 2016)

JAVIER TAMAYO JARAMILLO, TRATADO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. TOMO I. (Editorial Legis, Segunda edición corregida y aumentada, 2007)

JAVIER TAMAYO JARAMILLO. TRATADO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. TOMO II. (Editorial Legis, Segunda edición corregida y aumentada, 2007)

JORDI FERRER BELTRÁN. LA PRUEBA DE CAUSALIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL *en*, Causalidad y Atribución de Responsabilidad. Coord. Diego M. Papayanis. (Editorial Marcial Pons, 2014).

JORGE FÁBREGA P. INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL. TOMO I. (Segunda edición aumentada y corregida, 2004)

JORGE FÁBREGA P. INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL. TOMO II. (Segunda edición corregida y aumentada, 2004)

JORGE FÁBREGA P. MEDIOS DE PRUEBA. TOMO I. (Segunda edición corregida aumentada)

JORGE FÁBREGA P. MEDIOS DE PRUEBA. TOMO II. 489,493 (Segunda edición corregida aumentada)

JORGE FÁBREGA P. TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA. (2006)

JORGE FÁBREGA P. PRINCIPIOS PROCESALES EN MATERIA CIVIL *en* Principios Procesales. Coord. Jorge Fábrega. (Editorial Cultural Portobelo, 2010)

JOSÉ D. CARRIZO DURLING. LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA. (Editorial Cultural Portobelo, 2014)

JOSÉ DE AGUIAR DIAS. TRATADO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. TOMO I. (Editorial José M. Cajica, 1957)

JUAN BUSTAMANTE ALSINA. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO POR OMISIÓN DE ASISTENCIA. (La Ley, 1980)

JUAN CARLOS HENAO. EL DAÑO: ANALISIS COMPARATIVO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN DERECHO COLOMBIANO Y FRANCÉS. (Editorial de la Universidad de Externado de Colombia, Primera Edición, 1998)

JUAN MANUEL PRÉVÔT Y RUBÉN ALBERTO CHAIA. PÉRDIDA DE CHANCE DE CURACIÓN. (Editorial Astrea, 2007)

JUAN MANUEL PRÉVÔT. LA ALEATORIEDAD DEL ACTO MÉDICO: MITOS Y REALIDADES DEL COMPLEJO TRAMA PRESTACIONAL. (DJ 2004)

JULIO CESAR GALÁN CORTÉS. RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA (Editorial Arazandi, S.A.U., Séptima Edición, 2020)

LEO ROSENBERG. LA CARGA DE LA PRUEBA. (Editorial B de F, Ernesto Krotoschin trad., Segunda edición revisada, 2019)

LUIS DIEZ-PICAZO, DERECHO DE DAÑOS. (Editorial Civitas, Primera Edición. 1999)

LUIS DÍEZ-PICAZO, FUNDAMENTOS DEL DERECHO CIVIL PATRIMONIAL V: LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL. (Editorial Civitas, Primera Edición. 2011)

LUIS FELIPE GIRALDO GÓMEZ. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL. SU APLICACIÓN EN EL CAMPO DE LA

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. (Universidad Externado de Colombia, 2ª ed., 2018)

LUIS FERNANDO REGLERO CAMPOS Y LUIS MEDINA ALCOZ. EL NEXO CAUSAL. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD. LAS CAUSAS DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD: CULPA DE LA VÍCTIMA Y FUERZA MAYOR en Reglero Campos, Luis Fernando y Busto Lago, José Manuel. Tratado de responsabilidad civil. Tomo I (Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 5ª edición, 2014)

MAITA MARÍA NAVERIA ZARRA. EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL. 161-162 (Universidade Da Coruña, Facultad de Derecho, Departamento de Dereito Privado, 2004)

MANUEL JOSÉ CUMPLIDO Y RICARDO ARIEL GONZÁLEZ ZUND. DAÑO MÉDICO. ASPECTOS LEGALES EN LA PRÁCTICA MÉDICA. (Editorial Mediterránea, 2005)

MARCELO LÓPEZ MESA, DERECHO DE DAÑOS: MANUAL, LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. (Editorial B de F. 2019).

MARCELO LÓPEZ MESA, LA RESPONSABILIDAD CIVIL: SUS PRESUPUESTOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. (Editorial B de F. 2019)

MARCELO LÓPEZ MESA, PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. (Editorial Astrea, Primera Edición. 2013)

MARCELO LÓPEZ MESA. LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. RESPONSABILIDAD DE LOS SANATORIOS Y HOSPITALES EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. DERECHO COMPARADO. (Editorial B de F, 2016)

MARÍA DEL CARMEN GARCÍA GARNICA. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO DE LA MEDICINA ASISTENCIAL. *en* La responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos. Daños por servicios que afectan a la salud y seguridad de las personas. Dirigido por Antonio Orti Vallejo. (Editorial Thomsom-Arazandi, 2006)

MARIANO YZQUIERDO TOLSADA, RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. (Editorial Dykinson, S.L., 5ª Edición. 2019)

MAZEAUD-TUNC-CHABAS, conforme citado por JAVIER TAMAYO JARAMILLO, TRATADO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. TOMO II. (Editorial Legis, Segunda edición corregida y aumentada, 2007)

MICHELE TARUFFO. LA PRUEBA, ARTÍCULOS Y CONFERENCIAS. 59-60 (Editorial Metropolitana, 2009)

MIGUEL GONZALES ANDÍA. ACTOS DE DISPOSICIÓN DEL PROPIO CUERPO Y LOS LÍMITES AL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA. (La Ley, 2003-B-1125)

RAFAEL AGUIAR-GUEVARA. TRATADO DE DERECHO MÉDICO. (Editorial Legis, 2001)

RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ. CAUSALIDAD EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: SOBRE EL ARBITRIO JUDICIAL, LA <<IMPUTACIÓN OBJETIVA>> Y OTROS EXTREMOS. (Editorial Civitas, Primera Edición, 2014)

RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ. LECCIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL. (Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1978)

RODRIGO ABELARDO FUENTES GUÍÑEZ. LA EXTENSIÓN DEL DAÑO CONTRACTUAL. (Editorial La Ley, 2009)

SERGIO YEPES RESTREPO. LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA (Editorial Diké y Editorial Universidad Santiago de Cali, 10ª Edición, 2020)

SERGIO YEPES RESTREPO. LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. (Editorial Biblioteca Jurídica Diké, 1999).

SISINIO CASTRO DEL POZO. LECCIONES DE PATOLOGIA GENERAL. 10 (Gráficas Cervantes, Tomo I, 1975)

XABIER BASOZABAL ARRUE. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL OBJETIVA: PARTE GENERAL. (Boletín Oficial del Estado, Primera edición, 2015)

## **II. ARTÍCULOS**

AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI. REPARACIÓN DE LA “CHANCE” DE CURACIÓN Y RELACIÓN DE CAUSALIDAD ADECUADA. Revista de Derecho de Daños (2003)

BEATRIZ ANGÉLICA INGUNZA FRANCISCKOVIC. LA SENTENCIA ARBITRARIA POR FALTA DE MOTIVACIÓN EN LOS HECHOS Y EL DERECHO. Revista de Derecho (2012)

ELENA I. HIGHTON, CARLOS G. GREGORIO y GLADYS S. ÁLVAREZ. CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS PERSONALES. PUBLICIDAD DE LOS PRECEDENTES Y POSIBILIDAD DE GENERAR UN BAREMO FLEXIBLE A LOS FINES DE FACILITAR DECISIONES HOMOGÉNEAS Y EQUILIBRADAS. Revista de Derecho Privado y Comunitario - Derecho y Economía (1999).

FÉLIX A. TRIGO. LA PÉRDIDA DE CHANCE EN EL DERECHO DE DAÑOS. DE LA CERTIDUMBRE DE UN PERJUICIO A LA MERA POSIBILIDAD O PROBABILIDAD. LA NOCIÓN. Revista de Derecho de Daños (2008)

FRANÇOIS CHABAS. LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD ('CHANCE') EN EL DERECHO FRANCÉS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. 8 Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado (2000)

FRANÇOIS CHABAS. LA PÉRDIDA DE UNA OPORTUNIDAD ("CHANCE") EN EL DERECHO FRANCÉS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. 33 Revista de Responsabilidad Civil y del Estado (2013).

LUIS FELIPE GIRALDO GÓMEZ. EL DAÑO POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD: LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA Y EL USO DE LA EQUIDAD POR PARTE DE LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA. Revista de Derecho Privado (2021).

MARCELO LÓPEZ MESA, RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA Y PÉRDIDA DE CHANCE DE CURACIÓN (La “mala praxis médica” y el reclamo por la no recuperación de la salud o el agravamiento de la enfermedad). Revista de Derecho de Daños (2008).

RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO. ANTIJURICIDAD Y RELACIÓN CAUSAL. Revista de Derechos de Daños (2003).

UMBERT SAIGÍ-ULLASTRE, ESPERANZA L. GÓMEZ-DURÁN y JOSEP ARIMANY-MANSO. CUANTIFICACIÓN DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN RESPONSABILIDAD PROFESIONAL MÉDICA. 39 Revista Española de Medicina Legal (2013)

YURI LÓPEZ CASAL. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y SUS CRITERIOS EN EL DERECHO DE DAÑOS COSTARRICENSE. 119 Revista Judicial, Costa Rica. (2016).

### **III. LEGISLACIÓN**

Código Civil de la República de Panamá.

Código Judicial de la República de Panamá.

Código Civil de España.

Ley 68 de 20 de noviembre 2003, que regula los derechos y obligaciones de los pacientes, en materia de información y de decisión libre e informada. Publicado en Gaceta Oficial No. 24935.

Decreto Ejecutivo No. 1458 de 6 de noviembre de 2012 que reglamenta la Ley 68 de 20 de noviembre de 2003, que regula los derechos y obligaciones de los pacientes, en materia de información y de decisión libre e informada. Publicado en Gaceta Oficial No. 27160-A.

Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR). (Carmen Jerez Delgado, coordinadora de la versión española. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid 2015).

Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, redactado por el “European Group on Tort Law”.

#### **IV. JURISPRUDENCIA**

Sentencia del 31 de julio de 2000. Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá. Sala de lo Civil.

Sentencia del 26 de abril de 2016. Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral.

Sentencia del 5 de enero de 2010. Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral.

Sentencia del 7 de junio de 1995. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Argentina.

Sentencia del 4 de marzo de 2001. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Argentina.

Sentencia de 6 de diciembre de 2005. Cámara Nacional Federal de Argentina.

Sentencia del 9 de febrero de 2009. Cámara de Apelaciones de Trelew, Argentina.

Voto del Dr. López Mesa.

Sentencia del 25 de mayo de 1996. Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

Sentencia del 15 de junio de 2000. Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

Sentencia del 24 de enero de 2002. Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

Sentencia del 31 de agosto de 2006. Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

Sentencia del 26 de noviembre de 2010. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil.

Sentencia del 11 de agosto de 2010. Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

Sentencia del 26 de febrero de 2014. Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

Sentencia del 5 de abril de 2017. Consejo de Estado Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

Sentencia del 7 de febrero de 2018. Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

Sentencia de 18 de diciembre de 2020. Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, Sala de Casación Civil.

Sentencia del 26 de mayo de 1986. Tribunal Supremo de España.

Sentencia del 13 de abril de 1999. Tribunal Supremo de España.

Sentencia del 15 de septiembre de 2003. Tribunal Supremo de España

Sentencia del 5 de enero de 2006. Tribunal Supremo de España.

Sentencia del 14 de febrero de 2006. Tribunal Supremo de España.

Sentencia del 18 de junio de 2013. Tribunal Supremo de España.

Sentencia del 30 de diciembre de 2014. Tribunal Supremo de España.

Sentencia de 24 de febrero de 2017. Tribunal Supremo de España.

Sentencia del 20 de mayo de 1946. Corte Civil de Casación de Francia. Recuperado de la “Revue générale du droit”, disponible en <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/cour-de-cassation-civ-20-mai-1936-mercier/>

Sentencia del 16 de julio de 1998. Corte de Casación Civil de Francia.