



**Reparación de la pérdida de la oportunidad en la prestación del servicio médico asistencial  
del Estado**

**Presentan:**

**Verónica Gutiérrez Tobón  
Sebastián Gómez Sánchez**

Tesis para optar por el grado de:  
**Maestría en Derecho administrativo**

**Asesora:**

**Doctora Juliana Nanclares Márquez**

**ESCUELA DE POSGRADOS  
UNIVERSIDAD AUTONOMA LATINOAMEICANA MEDELLIN  
2018**

## Tabla de contenido

Introducción .....	5
Capítulo 1: Concepto de la pérdida de oportunidad en la prestación del servicio médico .....	7
¿Qué es la pérdida de la oportunidad? .....	7
Posturas de la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto de la pérdida de la oportunidad en la prestación del servicio médico asistencial del Estado .....	18
Daño y perjuicio: diferencia relevante para reparar la pérdida de la oportunidad .....	26
Capítulo 2: Tratamiento jurisprudencial de la reparación de la pérdida de la oportunidad en la prestación del servicio médico asistencial del Estado .....	38
Formas para reparar la pérdida de la oportunidad en la prestación del servicio médico asistencial del Estado según la jurisprudencia del Consejo de Estado.....	38
Aplicación del concepto pérdida de la oportunidad como nexo causal e indemnización bajo las tipologías de perjuicios tradicionales de la jurisprudencia contencioso administrativa.....	46
Pérdida de la oportunidad como daño y perjuicio autónomo.....	59
Reparación proporcional al porcentaje de posibilidad perdida bajo las tipologías tradicionales .....	67
Capítulo 3: Tratamiento doctrinario de la reparación de la pérdida de la oportunidad en la prestación del servicio médico asistencial del Estado .....	79
Aproximación a la doctrina estadounidense.....	79
Aproximación a la doctrina colombiana .....	124

Capítulo 4: Criterios jurídicos para la reparación de la pérdida de la oportunidad en la prestación del servicio médico asistencial del Estado.....	135
Posición razonable para reparar la pérdida de la oportunidad en la prestación del servicio médico asistencial del Estado.....	135
Conclusiones.....	142
Referencias.....	146

**Resumen:** La pérdida de la oportunidad es una clase de daño autónomo que se causa cuando por motivo de un tercero, determinado sujeto “pierde el chance” de obtener un derecho, oportunidad o rédito que en el curso normal de las actuaciones hubiese sido para sí. Pese a que día a día se pretende por vía judicial obtener indemnización por la pérdida de oportunidad en casos de responsabilidad médica, el tribunal de techo administrativo del país, El Consejo de Estado, no ha unificado su criterio sobre los aspectos teóricos y la forma de tasar su indemnización. Es por lo anterior, que esta tesis, enfocada en un soporte metodológico de corte cualitativo, presenta un análisis de las posturas del Consejo de Estado frente al tema en la responsabilidad médica y se atreve a dar una propuesta de cómo debe hacerse.

*Palabras clave: Pérdida de la oportunidad, consejo de estado, responsabilidad medica*

**Abstract:** The loss of opportunity is a kind of damage that is caused when, a third party causes to someone a loss on a given subject who "loses the chance" of achieving a right, opportunity or rédito that in the normal course of actions would have been for himself. Despite that every day, through judicial way, efforts are made to obtain from the courts a compensation for the loss of opportunity regarding medical liability the administrative court of the country, and the State Council, has not unified their criteria on the theoretical aspects and a way to valuate compensation. As a result for the above, this thesis, focused on a qualitative methodological support, presents an analysis of the State Council's intervention on the subject and dares to present a suggestion of how it should be done.

*Keywords: Loss of opportunity, state council, medical responsibility*

## Introducción

La disparidad de conceptos frente a la pérdida de oportunidad en la doctrina Colombiana, y especialmente en la Jurisprudencia del tribunal de cierre de la jurisdicción Contencioso Administrativa ha dado lugar a que en casos similares donde se configura el daño de la pérdida de oportunidad se hayan fijado indemnizaciones de perjuicios derivados de este daño de forma tangencialmente distinta, reconociendo en algunos casos el 100% del valor de los perjuicios materiales e inmateriales cómo si se tratara de la reparación del daño “Muerte” o “Lesiones” dentro de la responsabilidad médica; en otros eventos fijando porcentajes de acuerdo a lo probado y en otros tantos fijando un rubro indemnizatorio llamado pérdida de oportunidad tasado a arbitrio judge.

Esto configura una vulneración al principio de igualdad de las decisiones judiciales generando, no solamente un alto grado de inseguridad jurídica para los usuarios de la administración de justicia, sino también transgresión en algunos casos del principio de reparación integral como modulador de la responsabilidad Estatal.

Razones que justificaron la presente Investigación, donde se hizo necesaria la identificación en el primer capítulo de la misma del concepto de la pérdida de oportunidad de acuerdo a la posición que ha adoptado la jurisprudencia colombiana en la prestación del servicio médico asistencial del Estado y el análisis del tratamiento indemnizatorio de “la pérdida de la oportunidad” por parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Doctrina, perfilando primero la diferenciación de los conceptos “Daño” y “Perjuicio”; analizando en el segundo capítulo los argumentos sobre los cuales reposan los diferentes criterios de reparación de la doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como foránea, con el fin de proponer en el último capítulo criterios razonables y objetivos para tal efecto, que puedan ser útiles para los diferentes

funcionarios y usuarios de la Administración de Justicia Contencioso Administrativa al momento de identificar este daño y determinar la forma de indemnizar o compensar sus consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales.

Para la realización del trabajo se emplearon de forma preponderante el análisis documental como desarrollo del método científico sistemático. Se rastreó el material bibliográfico y jurisprudencial que abordó los conceptos tratados en la presente investigación de acuerdo a la temática desarrollada en cada capítulo.

## Capítulo 1: Concepto de la pérdida de oportunidad en la prestación del servicio médico

### ¿Qué es la pérdida de la oportunidad?

La pérdida de la oportunidad, es definida como “el daño que sufre quien ve comprometida una posibilidad real de obtener un beneficio o evitar un menoscabo”,(Alcoz, 2007, pág. 201),es vista como una figura judicial foránea en materia de responsabilidad extracontractual (Gutierrez & Gómez, 2018, pág. 129); también ha sido llamada “*parte d’ une chance*” por la jurisprudencia y doctrina francesa(Quijano, 2013, págs. 55-76), y “*loss of a chance*” en los ordenamientos jurídicos de origen anglosajón(Alcoz, 2007, pág. 201),

La pérdida de la oportunidad fue tratada desde inicios del siglo XIX en Francia, donde la Corte de Casación Francesa en un fallo del 26 de mayo de 1902 condenó a un notario por impedir a un cliente el recobro de un crédito por un error y; posteriormente fue desarrollada en diferentes casos como el de un automovilista que lesionó a una joven que se iba a presentar para un concurso de azafatas (17 de febrero de 1971); un abogado que perdió un proceso judicial por dejar vencer los términos en una segunda instancia (16 de octubre de 1978); y un criador que perdió la posibilidad de entrenar a un caballo para una carrera y llevarse el premio (6 de junio de 1990) entre otros (Quijano, 2013, págs. 55-76).

Todos estos casos tenían común denominador un hecho generador de un resultado dañoso producido por un agente y la ausencia de prueba respecto al vínculo de causalidad de la pérdida de la “ventaja esperada” con la acción dañosa del agente, en palabras comunes, era incierto concluir que se pudiera ganar el concurso, el proceso judicial o el premio esperado de no haber intervenido la acción dañosa del agente; lo que sí podía concluirse

era que la acción dañosa truncaba la “posibilidad” o “Chance” de participar, óbice o truncamiento que se denominó en la doctrina de idioma castellano “Pérdida de oportunidad”.(Gutierrez & Gómez, 2018, pág. 129)

En materia de responsabilidad médica, esta misma figura fue aplicada en Francia en 1972 por la Corte de Casación Francesa, en un caso donde una mujer con hemorragias uterinas y signos indicadores de cáncer acudió a un médico general, quien omitió realizarle el respectivo diagnóstico; posteriormente cuando el cáncer se encontraba muy avanzado acudió a otro especialista, quien se lo diagnosticó pero finalmente ella murió, en ese fallo el tribunal consideró que si bien no se probó la muerte por no brindar a tiempo el tratamiento, se perdió la oportunidad de intentar salvar su vida, y en torno a esta pérdida giró la condena(Quijano, 2013, págs. 55-76).

Posteriormente en 2007 el Consejo de Estado Francés inspirado en un fallo de la Corte de Casación Civil de dicho país, adoptó teoría de la pérdida de oportunidad dentro de la jurisprudencia administrativa(Gutierrez & Gómez, 2018, pág. 129), empleando la regla de reparación proporcional para indemnizar la esperanza frustrada en función a la oportunidad perdida, reconociendo además indemnización para el núcleo familiar y círculo cercano de la víctima directa <sup>1</sup>

En Colombia la pérdida de la oportunidad fue abordada por primera vez en el año 1999, donde se importó esta figura foránea en un caso de responsabilidad por falla en el servicio médico, expresando que si bien no había sido posible establecer que la causa de la muerte era la falla en el servicio, se había podido determinar una pérdida de oportunidad y

---

<sup>1</sup>C.E, 21 de diciembre de 2007, Centre hospitalier de Vienne, Rec, p. 546; AJDA, 2008, p. 135, chron. J Boucher et B. Bourgeois-Machureau -traducción libre Caso citado en la Sentencia del Consejo de Estado Frances del 5 de abril de 2017, Sección Tercera, Expediente 25706)

desde ese entonces tanto la doctrina como la jurisprudencia se han ocupado de abordar este tema desde diferentes posiciones conceptuales.(Gutiérrez & Gómez, 2018, pág. 129)

Según Gutiérrez Gómez, la casuística abordada en los estrados judiciales inicialmente franceses que construyó la pérdida de la oportunidad y que luego se importó a Colombia, ha dado lugar en un sector de la doctrina y la Jurisprudencia en materia de responsabilidad Estatal por falla en el servicio médico, considerar la pérdida de la oportunidad como el arrebatamiento que se le hace al paciente de una probabilidad de sobrevivir u obtener mejoría, el doctrinante Velásquez Posada la estima como un perjuicio en el que el alea es la esencia del beneficio esperado o la evitación del perjuicio recibido(2018, pág. 129):

Para que se pueda hablar de oportunidades, es necesario que la víctima esté reducida a ellas. Por lo tanto, el elemento aleatorio no es la vida, sino sobrevivir; no es la pérdida del proceso judicial, sino su éxito; no es mantener una enfermedad, sino su desaparición. (...) La verdadera pérdida de oportunidad en la responsabilidad médica se da cuando el paciente pierde la posibilidad de sobrevivir o de curarse. El perjuicio no es la muerte, si acaeció, o la enfermedad. “el perjuicio es la pérdida de un simple potencial de oportunidades.(Posada, 2013, pág. 273)

Al respecto se considera que técnicamente en materia médica no puede hablarse de elemento aleatorio como integrante de este tipo de daño tal como lo sostienen el doctrinante Velásquez y muchos otros, pues se equiparan los términos Incertidumbre y Aleatorio que desde su definición gramatical difieren<sup>i</sup>, pues una cosa es que el resultado final esperado sea incierto, esto es, que exista inseguridad frente a la posibilidad de recuperación o sobrevida por condiciones del paciente, factores patológicos, hospitalarios

o del mismo desarrollo de la enfermedad; y otra muy diferente es que este resultado sea aleatorio, pues allí dependería del Aleas o el Albur.(Gutierrez & Gómez, 2018, pág. 129)

Inferimos que si bien el “Azar” se analizó en la Teoría de la Pérdida de la oportunidad en los primeros casos en los estrados judiciales franceses (en los casos del dueño del caballo de carreras y la azafata), éste no puede ya ser un elemento constitutivo del daño al traerlo al escenario de la responsabilidad médica, consideramos que para constituirse en daño, la pérdida de oportunidad debe contener un criterio de científicidad y probabilidad extraído de las ciencias naturales que se logra acreditar dentro del proceso judicial con la prueba pericial o el testimonio técnico, así pues que no se considera que este tipo de daño contenga un componente aleatorio sino incierto de lo contrario no se trataría de un daño cierto sino de un daño hipotético. (Gutierrez & Gómez, 2018, pág. 129)

Lo que sí es indiscutible en materia de responsabilidad médica, es que esta figura se mueve en el péndulo de la certeza y la incertidumbre: Certeza respecto al daño consistente en el cercenamiento de un interés legítimo de oportunidad de tratamiento o procedimiento médico y por ende la imputación a la Administración por falla en el servicio evidenciada en atención tardía, defectuosa o en un error diagnóstico; pero incertidumbre con respecto al resultado final esperado por la víctima que era la evitación de la muerte o lesión, así lo define el autor Luis Felipe Giraldo Gómez, a saber:

La figura de la pérdida de la oportunidad tiene en principio un halo de incertidumbre, el cual está representado en la imposibilidad de saber si la ganancia esperada se habría conseguido o se hubiese logrado evitar un daño (...) No obstante dicha figura tiene también un halo de certeza, si se tiene en cuenta, como consecuencia de la conducta de una persona, se han

frustrado las esperanzas que la víctima tenía de optar por conseguir un beneficio o evitar un detrimento.(Giraldo, 2011)

Plantea el doctrinante Giraldo Gómez, que no debe confundirse la incertidumbre frente al resultado esperado de lograr una ganancia o evitar un perjuicio, que en esencia es aleatorio con la incertidumbre que puede presentarse respecto de la existencia del perjuicio ocasionado, pues este último: hace referencia a la prueba de la existencia del daño, el cual deberá quedar acreditado, sin que ello signifique que deba estar establecido su monto o extensión desde un comienzo estimando necesario diferenciar conceptualmente entre la existencia del daño y su cuantía (Giraldo, 2011).

Para tal efecto es menester demostrar que se estaba ante una situación potencialmente apta para conseguir el resultado buscado y que la intervención de ese tercero truncó la posibilidad de hacerlo, es decir, el hecho de que el resultado final esperado se encuentre dentro del margen de incertidumbre, no releva a la víctima de acreditar una frustración cierta, pues de lo contrario, ante cualquier eventualidad de responsabilidad médica, se podría dar lugar a declarar responsabilidad de no probarse la relación entre la falla del servicio y el resultado final, dando lugar a indemnizar meras expectativas sin una sustentación real y contextualizada.

No debemos perder de vista, tal como lo expone el autor Giraldo Gómez, citando la Sentencia del 25 de abril de 2008 del Consejo de Estado del Doctor Enrique Gil Botero (Exp. 16.842) que en materia de responsabilidad en la prestación del servicio médico, El paciente está reducido, por la enfermedad que padece, a unas oportunidades de lograr su bienestar, las cuales dependen, entre otros factores de la actuación del cuerpo médico que lo atiende (Giraldo, 2011; Quijano, 2013, págs. 55-56)

Sin embargo, el hecho que ya se encuentre en una situación negativa no conduce al paciente inexorablemente al desenlace fatal, por tal razón es que se mira la pérdida de la oportunidad como el daño irrigado (Gutierrez & Gómez, 2018), tal como lo ilustra Chabas: “la paciente, comprometida en un proceso hacia la muerte, lo único que tenía era posibilidades de sobrevivir; la culpa médica le ha hecho perder esas posibilidades” (Quijano, 2013).

Comoquiera que la pérdida de la oportunidad es una figura foránea, tratada en los estrados anglosajones y franceses; ambos la han desarrollado con diferentes matices. La doctrina anglosajona la analiza como una solución a la imposibilidad de comprobar en un 100% el nexo causal entre el obrar del agente y el daño; considerando indemnizable todo aquel perjuicio en el que se pruebe más de un 50% de la causalidad; mientras la francesa la considera un daño autónomo que se debe indemnizar en su integralidad, es decir, si se prueba al menos un 1% la “chance” de obtener el beneficio, se configurará esta clase de daño.

De tal suerte que frente a la figura de la pérdida de oportunidad y su ubicación dentro de la responsabilidad Estatal, hayan existido dos posiciones: una que la ubican dentro del juicio de atribución o el elemento “Imputación”, influenciado por la responsabilidad civil extracontractual llamado “nexo causal” (Alcoz, 2007) y otra que la estiman como un daño autónomo (Giraldo, 2011).

Considera la primera posición, que la pérdida de oportunidad permite definir problemas de imputación en los eventos en que no existe prueba suficiente del nexo causal que establece una determinada relación causa-efecto y su análisis debe realizarse en sede de la imputación fáctica (Restrepo, 2011), lo que la ubicaría como un título de imputación especial:

La pérdida de oportunidad es un concepto jurídico que permite definir problemas de imputación, en aquellos eventos en que no existe prueba suficiente del nexo causal que define una determinada relación causa-efecto. En consecuencia, el análisis de esta figura debe realizarse en sede de la imputación fáctica.(Restrepo, 2011, pág. 204.)

Esta posición ha llevado a autores como Tamayo Jaramillo a negar la posibilidad de tener en cuenta la pérdida de oportunidad en materia de responsabilidad médica, pues hay una incertidumbre entre el nexo de causalidad existente entre la conducta del médico y el daño padecido por el paciente, teniendo una dificultad probatoria en términos de causalidad, tema considerado en su Tratado de Responsabilidad Civil:

En materia médica no existe realmente un problema de la pérdida de oportunidad, sino un problema de imposibilidad probatoria en materia de causalidad, y que por un criterio de equidad, se ideó el artificio de dicha pérdida con el fin de o imputar la totalidad del daño al demandado que, tal vez no se causó el daño, o de absolverlo cuando de pronto, fue el quien causó la totalidad del perjuicio.(Jaramillo, 2007).

Si bien la crítica es pertinente, pues al igual que el profesor Tamayo(2007, pág. 155), consideramos que la pérdida de oportunidad no se puede usar por los jueces Colombianos como un “Commoditie” para fallar en equidad y no en derecho cuando no se logra probar un elemento relacionado con la imputación dentro de la responsabilidad Estatal inherente a la atribución del resultado dañoso final, el análisis parte de un falso juicio de razonamiento que no relaciona ese daño con la posibilidad de salvaguarda pérdida sino directamente con el resultado esperado, el que también se plasmó en algunos fallos del Consejo de Estado que tenían la premisa del “Todo” o “Nada”, en algunos casos reconociendo la pérdida de oportunidad pero ordenando la

indemnización total, y en otros desconociéndola en su totalidad por no probarse la relación entre la falla en el servicio y el daño final que no se pudo evitar.(Gutierrez & Gómez, 2018)

Estimamos que este análisis puede conducir a yerros en el razonamiento a la hora de administrar justicia, pues esto sería como aceptar que ante la ausencia de nexo causal se podría comprometer la responsabilidad del agente sin analizar si en realidad había una posibilidad cierta y real de evitar el resultado dañoso, desviando la figura de pérdida de oportunidad a un daño subsidiario ante la ausencia de nexo causal, lo que conduciría a imputar responsabilidad al agente en todos los eventos de responsabilidad médica o negarla si no se prueba la causalidad, lo que vulnera el principio de indemnidad en materia de responsabilidad.(Gutierrez & Gómez, 2018, pág. 129)

Aclarando que el término nexo de causalidad, utilizado de manera inadecuado en nuestra ciencia jurídica, no es más que la traducción de la imputación jurídica e imputación fáctica dentro de la tendencia actual como elementos esenciales de la estructuración para determinar responsabilidad administrativa: Daño Antijurídico + Imputación Fáctica + Imputación Jurídica + Fundamento del deber de responder.

Ahora bien, si nos ubicáramos en la posición de considerar la pérdida de oportunidad como criterio de imputación relacionado con la imputación fáctica, negando cualquier reconocimiento de responsabilidad por imposibilidad probatoria de la muerte o lesión con la falla en el servicio; equivaldría a afirmar que la imputación en materia de lo contencioso Administrativo siempre es de tipo fáctico, cuando realmente la imputación Jurídica en materia de responsabilidad por daños es en general, la que permite determinar qué conductas son relevantes jurídicamente y permiten hacer la atribución del daño a su autor.(Giraldo, 2011, pág. 201)

Sin embargo, no en todos los casos coincide siempre con la imputación fáctica. Ejemplo: Responsabilidad del Estado por incumplimiento de deberes, entre otros. (Gutierrez & Gómez, 2018, pág. 129). De igual forma imputar todo tipo de responsabilidad en materia médica por “Pérdida de oportunidad” bajo la premisa de no haberse probado en su totalidad la imputación, genera como consecuencia desconocer el deber Constitucional y legal de probar el nexo de causalidad como uno de los requisitos para generar la Responsabilidad Estatal consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política expuesto por el autor Giraldo Gómez en su obra.

En todo caso, el Estado tiene el deber de reparar los daños imputables a la acción u omisión de las autoridades públicas, y en materia civil plasmada en los artículos 1616, 2341 y 2344 del Código Civil Colombiano. Por lo tanto, no se puede relevar al ciudadano de esta obligación legal y Constitucional.

Por tal razón coincidimos con el autor Giraldo Gómez que citó de forma crítica al doctrinante M. Boré, quien consideró que: “cuando un juez duda sobre la evidencia de la relación causal entre la falta y la muerte, lo que hace es moderar la condena en aplicación de la figura de la pérdida de una oportunidad” (Giraldo, 2011), y trajo a colación los fallos del Consejo de Estado francés del 24 de abril de 1964, de la Corte de Casación francesa del 14 de diciembre de 1965 y de ese mismo estrado del 8 de enero de 1985, concluyendo que para el juez francés es acertado considerar la posibilidad de la existencia de una pérdida de oportunidad como una especie de perjuicio subsidiario ante la falta de la existencia de un nexo de causalidad entre el hecho y el resultado final presentado. No obstante, considera el autor Giraldo Gómez, es una forma inadecuada de dar aplicación a esta teoría, ya que desconoce de manera flagrante el verdadero daño que se causa en este tipo de eventos y los requisitos exigidos para su establecimiento.

Al respecto estimamos que el Juez nunca puede perder de vista que el fin de la responsabilidad como institución jurídica dentro de la sociedad contemporánea, no es otro diferente al de restablecer las cosas en la medida de lo posible al estado en que se encontraban y si se releva al autor de probar la imputación, lo que se está haciendo es crear un nuevo criterio que no tiene relación alguna con la responsabilidad, tal vez en otras áreas como en materia tributaria se aplique como el criterio de equidad (redistributivo de la riqueza); pero si así se aplica en materia de responsabilidad extracontractual, se cae en el riesgo de desnaturalizar las instituciones y crear un contexto de inseguridad jurídica que a largo plazo puede deslegitimar el sistema judicial. (Gutierrez & Gómez, 2018, pág. 129).

En consecuencia nos adherimos a la posición mayoritaria en la doctrina y la Jurisprudencia que ubica la pérdida de la oportunidad en materia de responsabilidad médica como un daño autónomo, pues consideramos que esta ubicación compagina también con la necesidad de integrar el Bioderecho y la Bioética a la responsabilidad médica, comoquiera que la praxis médica trasciende el ámbito científico e involucra una multiplicidad de derechos de los pacientes y en consecuencia implicaciones humanitarias, éticas y axiológicas, de tal suerte que las actuaciones de los médicos se rigen por principios de la bioética que deben cobrar importancia en la hermenéutica de las decisiones judiciales. (Obando, 2016, pág. 209).

El Bioderecho comporta según el profesor Erick Valdés los principios de autonomía, dignidad, integridad y vulnerabilidad; que conciben al ser humano como un sujeto de derechos, por lo que la relación médico paciente debe estar regida por un trato digno donde en ningún momento se le prive de las posibilidades de curación; atendiendo a que es un ser vulnerable en su humanidad que puede ser dañado y sometido a riesgos y

amenazas contra su integridad en virtud de la temporalidad y finitud de la vida humana, razón por la que deben ser tuteladas las probabilidades de existencia de las que son titulares los pacientes. (Obando, 2016, pág. 116).

Por su parte los principios más relevantes de la bioética son: 1) Principio de no maleficencia: Se relaciona con que la actividad médica no podrá tener en ningún momento intencionalidad de dañar. 2) Principio de Beneficencia: Se refiere a que la razón de ser de la evolución científica es el bienestar del ser humano. 3) Autonomía: Le reconoce al paciente en el ámbito médico la posibilidad de tomar decisiones sobre el tratamiento o procedimiento necesario para el mejoramiento de su salud, por tal razón todo procedimiento debe estar precedido de un consentimiento informado. 4) Justicia: La actuación médica debe sujetarse a las leyes y distribución de los recursos sanitarios para la atención de pacientes sin tener en cuenta la condición social o racial de los mismos. (Obando, 2016, págs. 130-133).

Estos principios se aplican al aceptar la pérdida de oportunidad como daño autónomo, en tanto que no es admisible el descuido de los profesionales de la salud en desmedro de la integridad física y la vida de los pacientes, esto desdibuja los fines de la praxis médica sin que sea razonable ni jurídico dejar un agravio como consecuencia de un mal procedimiento o negligencia, por imposibilidad de probar el nexo causal con la expectativa final de salvación o mejoría; para tal efecto tampoco sería razonable imputar una responsabilidad médica total cuando existe un margen de incertidumbre, por lo tanto “la pérdida de oportunidad” como daño autónomo se erige como una solución adecuada, proporcional e idónea para esta situación.(Gutierrez & Gómez, 2018, pág. 129)

Así entonces es un daño que se gesta por negligencia o error de diagnóstico y que ha dado lugar a un concepto de daño pasivo, definido como “aquel daño que sucede no por la acción directa del galeno son debido al error del diagnóstico o a omisiones en el tratamiento que privan al paciente de los cuidados médicos adecuados”(Daza Lopez, 2009, pág. 134),

De modo que “a diferencia de los casos en los que se imputa al médico la causa de un fallecimiento o de una lesión, en este tipo de casos el paciente ingresa en el hospital con un daño preexistente y lo que se atribuye al facultativo es la frustración de las expectativas de sanación”.(Le Torneau, 2006, pág. 89), razón por la que debe analizar detalladamente el material probatorio obrante en el proceso como la historia clínica, con el fin de determinar el estado de salud del paciente a efectos de determinar la probabilidad de sobrevida o mejora pérdida.

### **Posturas de la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto de la pérdida de la oportunidad en la prestación del servicio médico asistencial del Estado**

El máximo órgano Contencioso Administrativo Colombiano ha adoptado diversas posiciones, refiriéndose a ella por primera vez en el año 1999 con ponencia del Consejero Ricardo Hoyos Duque (Exp. 10.755) en dicho expediente se demostró que al paciente se le privó de la oportunidad de brindarle un tratamiento médico oportuno, y posteriormente fallece, estableciendo que la pérdida de la oportunidad es un nexo de causal para determinar el título de imputación falla en el servicio, ordenando la reparación como consecuencia de la falta de diligencia en el diagnóstico oportuno y el cercenamiento de la oportunidad de acceder a un tratamiento que otorgara posibilidades de recuperación o sobrevida.

Este caso, definió como regla, que ante la presencia de una falta de diligencia y/o diagnóstico oportuno, y la evidencia de probabilidad de sobrevida o recuperación de un paciente, la judicatura deberá condenar bajo el título de imputación falla en el servicio como relación de causalidad entre el hecho y la oportunidad perdida; condena bajo la tipología de perjuicios convencionales, como si el resultado final de mejoría esperado, se hubiese frustrado por la falla del Estado en la prestación del servicio médico.(Consejo de Estado, 1999).

Contrario a lo precitado, como avance de esta figura, en Sentencia del 15 de junio de 2000 (Exp. 12.548) con ponencia de la Magistrada María Elena Giraldo Gómez, el Consejo de Estado indicó la necesidad de la prueba de la relación causal del agente y la pérdida de oportunidad, considerando que no podía imputarse como causa de la muerte la omisión administrativa, con inferencia de hechos indicadores probados en el expediente, sino como pérdida de oportunidad para recuperarse. (Consejo de Estado, 2000)

Como parte del desarrollo de esta figura foránea en Sentencia del 31 de agosto de 2006 con Ponencia de Ruth Estella Correa Palacio (Exp. 15772) consideró el alto tribunal necesario que de manera científica debe quedar establecido cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o de preservar su vida y que esa expectativa fue frustrada por omisiones o acciones en la atención médica. (Consejo de Estado, 2006).

En fallo del 29 de noviembre de 2006, con ponencia del Magistrado Fredy Ibarra Martínez (Exp. 16.334) Consideró el alto tribunal que, para la procedencia de indemnización de la pérdida de oportunidad, debía verificarse dos criterios: cualitativo y cuantitativo. Cualitativo, demostrando que la víctima estaba en una situación idónea para lograr evitar la muerte o mejorar la enfermedad sufrida; y cuantitativo, establecer el porcentaje que equivale a la oportunidad

perdida, con el fin de determinar el monto indemnizatorio por parte del operador jurídico.(Consejo de Estado, 2006)

En decisión del 11 de agosto de 2010, consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez (Exp. 18593), empezó a sentar una posición disidente, determinando que el concepto de pérdida de la oportunidad corresponde a un daño autónomo, fijando como criterio el siguiente:

La pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado(Consejo de Estado, 2010)

Sin dejar de mencionar que, para ser indemnizado dicho daño, es necesario probar el vínculo causal entre la conducta y el daño (cercenarían las probabilidades), en los siguientes términos:

En otros términos, la noción de pérdida de oportunidad sí comporta un análisis en sede de causalidad, pero se trata de un examen circunscrito a la existencia de vinculo causal entre la conducta o el hecho dañino y la desaparición *de las probabilidades* de ganancia o de evitación del deterioro, sin que en manera alguna deba extenderse al estudio de la relación de causalidad entre tal acontecer o proceder enjuiciados y el beneficio que finalmente perseguía la víctima.(Consejo de Estado, 2010)

Concluyendo el Consejero Mauricio Fajardo Gómez con la regla aplicable para determinar la existencia del daño:

El juez debe realizar un análisis retrospectivo, para remontarse a la situación en que se hallaba el damnificado al ocurrir el hecho dañoso. Una vez situado allí, tendrá que realizar un análisis prospectivo de cómo podría haber evolucionado la situación del perjudicado, de acuerdo con las circunstancias en que se encontraba; es decir, determinar cuál de sus posibilidades era la de más probable realización. Establecido ello, se deberá evaluar, aproximadamente, cuál era la proporción estimativa de esa posibilidad, en comparación con los otros escenarios futuros posibles de la víctima. (Consejo de Estado, 2010)

Igualmente, el Consejero HERNAN ANDRADE RINCÓN en sentencia del 14 de marzo de 2013 (Exp. 23632), citada en el capítulo previo, reiteró la posición de su homólogo Mauricio Fajardo, al manifestar que la pérdida de oportunidad corresponde a una categoría de daño autónomo y por ende procede la correspondiente indemnización.(Consejo de Estado, 2013)

Corolario de lo expuesto, el Magistrado Enrique Gil Botero, en sentencia del 12 de noviembre de 2014 – (Exp. 29595), hizo eco a la calificación de vaivén sobre la posición disidente referente a la pérdida de la oportunidad como (...) un concepto jurídico que permite definir problemas de imputación, en aquellos eventos en que no existe prueba suficiente del nexo causal que define una determinada relación causa – efecto. En consecuencia, el análisis de esta figura debe realizarse en sede de la imputación fáctica.(Consejo de Estado, 2014)

Con el ánimo de ahondar en el vaivén del debate, en sentencia del H. Consejo de Estado – 5 de abril de 2017 C.P. Ramiro Pazos Guerrero, se hizo mención a la disparidad de criterios que existen para tratar dicha figura jurídica:

existen dos variantes jurisprudenciales que han sido adoptadas por la posición mayoritaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado y replicadas por la doctrina: la primera, con fundamento en la causalidad probabilística, afirma que la responsabilidad es proporcional en función de la probabilidad de la causa, esto es, que se imputa al actor una fracción o porcentaje del perjuicio final, en virtud de la posibilidad de que con su conducta haya incidido en la producción del daño -teoría relacionada con la imputación; la segunda, considera que la pérdida de oportunidad representa un fundamento de daño, cuya reparación se efectúa no en función de la probabilidad de existencia del vínculo de causalidad entre el hecho dañoso y el daño final, sino en función de la frustración de la expectativa legítima -teoría relacionada con el daño-.” (Consejo de Estado, 2017)

Insistiendo el ponente en mención la forma de reparación de la pérdida de la oportunidad como daño autónomo:

Ahora, si no es posible fijar científica y técnicamente el porcentaje de probabilidades, la cuantificación del porcentaje de posibilidades truncadas se determinará excepcionalmente, como sucede en otros ordenamientos jurídicos, en un 50%, el cual se aplicará para la liquidación de los perjuicios materiales e inmateriales, de manera que, en virtud de la equidad y la igualdad procesal que debe prohiarse entre las partes, no importa si el porcentaje de posibilidades frustradas haya podido fluctuar entre el 0.1 y el 99%, habida cuenta de que, sin haber podido aplicar la regla general, bastará que se hayan acreditado los elementos de la pérdida de oportunidad, es decir que se constate

cualitativamente un truncamiento de la oportunidad que afecte el patrimonio de los demandantes para que proceda la reparación por excepción. Dicha excepción se justifica porque, aunque haya ausencia cuantitativa del porcentaje de probabilidad de la expectativa legítima truncada, dicha expectativa sigue de todas maneras representando un menoscabo a un bien material o inmaterial que fue arrancado del patrimonio de la víctima y, por ello, debe ser reparada. (Consejo de Estado, 2017)

En sentencia del 12 de octubre de 2017, con ponencia del Magistrado Ramiro Pazos Guerrero, se cuestionó el requisito que la víctima se encuentre en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, criterio aceptado en decisión del 11 de agosto de 2010, consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez (Exp. 18593), considerando que este debe ser objeto de análisis en la imputabilidad y no un requisito, anotando que para la sala de decisión los elementos de pérdida de la oportunidad son:

i) Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar; ii) Certeza de la existencia de una oportunidad; iii) Certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima.

Posteriormente, en sentencia del 5 de julio de 2018, la Consejera Ponente Marta Nubia Velásquez Rico, se aparta de la posición unificada de la Subsección B, y retoma la posición de su homólogo Mauricio Fajardo Gómez, al asignar la naturaleza de dicha figura como daño autónomo, consistente en la pérdida de oportunidad del paciente de sobrevida o curación, señalando en providencia lo siguiente:

En relación con los perjuicios pretendidos por las demandantes, el Tribunal advirtió que debe advertir, sobre el particular, la jurisprudencia de esta Sección será la aplicable en este caso, por cuanto no existe un mandato legal relativo a la forma en la que se debe indemnizar la pérdida de oportunidad y en atención a que la solución asumida por la Corporación también es aplicada en los fallos proferidos por la Corte Suprema de Justicia, en los que se ha señalado que, como esta figura constituye un daño autónomo, no deviene directamente, en este caso, de la muerte del señor Armando Quijano Santamaría sino de la pérdida de la oportunidad, la cuantía se valora de acuerdo con el principio de equidad, previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998:

Este reconocimiento, se insiste, surge de la dificultad de indemnizar con base en datos estadísticos o exactos de cuya prueba adolecen casos como el que se examina, razón por la cual se acude al criterio de equidad, a fin de evitar condenas en abstracto, como ya lo ha hecho esta Subsección en casos de indemnización del perjuicio autónomo de la pérdida de la oportunidad.

De conformidad con la sentencia acabada de citar

No se reconocerán los perjuicios materiales a título de lucro cesante pretendidos por los demandantes, pues, se reitera, no es consecuencia de la muerte del señor Armando Quijano Santamaría de donde surge la indemnización, sino como un perjuicio autónomo consistente en la pérdida de la oportunidad de haber continuado con vida.”(Consejo de Estado, 2018)

Finalmente, es pertinente estudiar la sentencia de la Subsección B, que ha demostrado unicidad en la determinación de la naturaleza jurídica y forma de reparación de la pérdida de la oportunidad, tratado como daño autónomo, pero que corresponde a las categorías tradicionales de indemnización de perjuicios disminuida en equivalente porcentual determinado en forma

técnica o científica en el proceso, o en forma excepcional en aplicación del principio de equidad, por esta razón determinó el Consejero frente al caso sub examine lo siguiente:

De todas formas, a la luz de la jurisprudencia aplicable cabe preguntarse si, como se planteó en el problema jurídico, el presente caso debe ser estudiado bajo la óptica del daño autónomo consistente en la pérdida de una oportunidad de sobrevida, toda vez que la enfermedad por la que se presentó el deceso, por la poca perspectiva de recuperación que tienen quienes la padecen, no posibilitaba la existencia de una certeza de haberse preservado la vida del paciente, aún en caso de que se hubiera dispensado un tratamiento médico adecuado. Y la respuesta a dicho planteamiento resulta afirmativa, si se tienen en cuenta las razones que pasan a exponerse.

En consonancia con el criterio antes mencionado, recientemente la Subsección “B”, al estudiar el caso de una muerte ocurrida en el marco de la atención médica de una paciente que padecía una enfermedad coronaria crónica con desfavorable pronóstico de sobrevida –o, como se dice en la providencia bajo referencia, con un “*curso patológico desfavorable*”–, estableció que en aquellos casos en los que la víctima asiste a la prestación del servicio asistencial cuando ya se encuentra en un sendero de desmejora en su salud, no es posible analizar el detrimento causado por la muerte de la persona enferma, sino que es necesario realizar dicho estudio bajo la óptica de la pérdida de la oportunidad de sobrevida como daño autónomo, en la medida en que no hay certeza de que la existencia vital habría podido preservarse.

El daño autónomo por pérdida de oportunidad ha sido definido, bien como la pérdida definitiva de un beneficio respecto del cual existían razonables posibilidades de ser alcanzado, o bien como el padecimiento de un perjuicio que tenía reales probabilidades

de ser evitado, sin que en momento alguno existiera certeza de un desenlace favorable a la víctima. En los términos en los que ha sido conceptualizado ese tipo de menoscabo por la jurisprudencia de la Sección Tercera.”(Consejo de Estado, 2017)

Expuesto lo anterior, se puede concluir que la jurisprudencia del Consejo de Estado en su mayoría ha adoptado el concepto de pérdida de la oportunidad como daño autónomo, indemnizando, preferiblemente, a partir del concepto científico o técnico, y de manera excepcional bajo el criterio de equidad y reparación integral, según las probabilidades pérdidas del paciente de sobrevida o recuperación efectiva, y de ninguna manera el resultado final de beneficio muerte o ausencia de deficiencias.

### **Daño y perjuicio: diferencia relevante para reparar la pérdida de la oportunidad**

La forma de reparación del perjuicio generado con ocasión a la pérdida de oportunidad ha tenido tratamiento diferencial en la Jurisprudencia del Consejo de Estado como lo analizaremos en el siguiente capítulo de esta obra, problema que según el doctor Herrera Montañez radica en una contradicción conceptual de esa alta Corporación al no ubicar de entrada la pérdida de oportunidad como criterio de imputación(Herrera Montañez, 2016); en nuestro concepto consideramos que esta disparidad de criterios indemnizatorios obedece más bien a que en materia de responsabilidad se ha desdibujado la diferencia entre Daño y Perjuicio, que a través del tiempo se han venido fundiendo por estimar su distinción inocua al considerar ineficaz cualquier condena judicial sin traducción económica.

Problema que advertía para el caso puntual el maestro(Martínez Rave, Responsabilidad Civil Extracontractual, 2003, pág. 99), quien en su definición inicial de daño lo consideró como:

“La lesión o menoscabo que se ocasiona a un interés, protegido o no por las normas, como un derecho real o subjetivo. Basta que se afecte un interés lícito del ofendido, para que exista un daño”, reconociendo que la terminología jurídica confunde a veces daño y perjuicio, pero que para otros el daño se diferencia del perjuicio en que “el daño es el impacto material o físico, que modifican una situación anterior y perjuicio, las consecuencias de ese impacto en el tiempo”; lo cual es diáfano en nuestro criterio.

Sin embargo este autor no dio mucha relevancia a su diferenciación pues en su obra se refiere indistintamente a los términos “Daño y Perjuicio” siendo ambos susceptibles de indemnizar. En nuestro criterio es necesario diferenciar o al menos identificar, a qué concepto se están refiriendo cuando hablan de “daño” respecto a la “Pérdida de la Oportunidad”, y en especial cuando se considera daño autónomo, partiendo de la definición de Pérdida de Oportunidad en materia de responsabilidad médica como “La extinción de una expectativa legítima con contenido de certeza y razonabilidad frente a la sobrevida o curación” (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, 2017).

En términos generales, el daño es “un concepto amplio, impreciso y esencialmente intuitivo”(BUERES, 1998, pág. 169) que se identifica según la sinonimia como cualquier “estropicio, destrucción, detrimento, menoscabo, minoría, maleficio, avería, mal o percance”(Diccionario de Sinónimos, 2018), sin embargo para que el daño pueda ser sujeto de reparación, debe ser jurídicamente relevante, pues no todos los daños son sujetos de reparación el daño que le interesa a los juristas es el “Daño Resarcible” (Calvo Costa, 2012, págs. 193-227), que en términos jurídicos es el que da lugar a una reparación, de ahí a que se salte de la concepción pura de daño a la de perjuicio y se concentre la doctrina y la jurisprudencia al

concepto de “Daño” como aquel que da lugar a resarcimiento, considerando estéril todo intento de diferenciación, tal como lo considera el profesor Tamayo Jaramillo (2017):

Si se aceptara la distinción entre daño y perjuicio en sentido jurídico, llegaríamos al absurdo de que hay bienes jurídicos cuya protección no está al alcance del orden jurídico civil. En efecto, si la pérdida de la integridad física o de la vida no constituyen, por sí solas, un daño civil, no vemos como pueda decirse que ellas sean un bien jurídico protegido por el derecho.

Porque, para que el bien, civilmente hablando, sea tal, requiere no solo que el orden jurídico vele para que no se atente contra él, sino que, además, debe permitir que su titular sea indemnizado en caso de ser lesionado. Si esto último no se cumple, entonces debemos concluir que no estamos frente a un bien perteneciente a una persona, lo que sería absurdo. (Tamayo Jaramillo, 2017)

Posición que si bien es respetable y tiene argumentación sólida, no se asume porque encontramos un halo de contradicción dentro de las mismas definiciones expuestas por el profesor Tamayo con esta postura monista, pues por un lado defiende tajantemente esta teoría considerando la diferenciación de daño y perjuicio como ilógica e irrelevante, pero indirectamente reconoce tal dualidad en su misma definición de daño civil, como “El menoscabo económico o no económico **que se deriva de** la lesión a las facultades de disfrute que sobre los bienes dañados tenía la víctima” (Resaltas Propias), pues semánticamente una derivación implica una dualidad de conceptos, que en este caso sería el originario (daño) y el derivado (Perjuicio).

Por otro lado, la estimación del doctor Tamayo, de que cualquier afectación amparada por el ordenamiento jurídico es un daño resarcible, susceptible de indemnización y compensación, se vuelve en términos de reparación inmanejable, pues implicaría una nominación indeterminada e indefinida de daños según fuere el interés o bien jurídico tutelado por el ordenamiento, y por eso se rescata la reflexión del profesor Polanía efectuada en esta obra : “el

concepto de perjuicio cumple una función ordenadora del sistema de responsabilidad, permite deshilar el tejido del daño, para discernirlo con mayor rigor.” (2017).

Para nuestro concepto lo que se indemniza o compensan son las consecuencias del daño, pues adoptar una posición contraria implica considerar que los bienes jurídicos son los destinatarios de la reparación, cuando en realidad los destinatarios son las víctimas, seres humanos dotados de consciencia y voluntad, a quienes un daño genera consecuencias en sus ámbitos fisiológico, material y moral, los que directamente se relacionan con sus necesidades fisiológicas, de seguridad y protección, de filiación, de reconocimiento o de autorrealización (Maslow, 1943) de tal suerte que un daño puede generar varios perjuicios o consecuencias jurídicas o varios daños una sola consecuencia jurídica susceptible de indemnizar o compensar.

Lo que se compagina con el artículo 2342 del código civil, citado por el profesor Polanía (2017) que establece que el daño puede irrogar perjuicio a los derechos, indicando que tal normativa hace alusión directa de causa a efecto y terminando con una pregunta pragmática que consideramos pertinente: *“Si el concepto perjuicio puede mejorar la sistematización del régimen, ¿Por qué no usarlo?”*(Tamayo Jaramillo, 2017).

Sistematización útil para el tema de nuestra investigación, que nos motivó a continuar nuestro rastreo para encontrar luces diferenciadoras entre los conceptos “Daño” y “Perjuicio, acudiendo a las doctrinas argentinas de Luis Moisset de Espanés y José Fernando Márquez, citadas por el profesor Luis Felipe Giraldo Gómez en las que se considera el daño en sentido amplio como “toda lesión a un derecho subjetivo o interés legítimo” y daño en sentido estricto como “el detrimento o menoscabo producido en el ámbito patrimonial o extrapatrimonial derivado del daño en sentido amplio”.(Giraldo, 2011, pág. 229), considerando “daño” como la

lesión en sí misma y de “daño resarcible” como los efectos que ella produce(Prevot, 2008, págs. 96-102).

Respecto al “daño en sentido amplio”, el tratadista Italiano De Cupis, estima que “puede ser un “fenómeno físico” o “integrar un fenómeno jurídico, es decir, susceptible de ser jurídicamente calificado y, desde este punto de vista, entra en los dominios del estudio de los juristas y que con cuya ocurrencia genera consecuencias jurídicas a las que se denominan “perjuicio”(De Cupis, 1975, pág. 200).

De estos conceptos se colige, que cuando el daño es físico pueden diferenciarse con facilidad los conceptos “Daño” y “Perjuicio” porque el fenómeno físico es perceptible por los sentidos, ubicable en tiempo y espacio, es objeto de conocimiento común, por ejemplo, la muerte; pero cuando el daño es un fenómeno jurídico, es posible dar lugar a fungir ambos conceptos de forma indistinta. (Martínez Sarrión, 1975, pág. 169), lo que consideramos sucede con algunos daños jurídicos, verbigracia la “pérdida de oportunidad”.

Indistinción que recae sobre las dificultades que advierte en la pérdida de oportunidad como la “posibilidad concreta que existe para obtener un beneficio” reconociéndolo como “un daño jurídicamente indemnizable que presenta dificultades para evaluar”(Martínez Rave, Responsabilidad Civil Extracontractual, 2003, págs. 150-159). Al respecto reiteramos que, si no se logran individualizar los conceptos “Daño” y Perjuicio”, siempre habrá equívocos al momento de determinar la forma de reparación integral de la “Pérdida de Oportunidad”.

Sin embargo, aterrizando estos conceptos hacia la “pérdida de oportunidad” en materia de responsabilidad médica, podríamos inferir, que el daño en sentido amplio se determina según la naturaleza del derecho o interés frustrado, como por ejemplo la pérdida de la posibilidad de

realizarse un procedimiento para salvar la vida, la pérdida de la oportunidad de un tratamiento oportuno; mientras que el daño en sentido estricto o perjuicio se manifiesta en las consecuencias lesivas que representó ese daño en la víctima y se pueden reflejar en lo que salió de su patrimonio o dejó de percibir, en su salud, en su honra, su estado de ánimo u otros daños relacionados con sus condiciones dignas de existencia, las que deberán ser resarcidas o indemnizadas de verificarse su derivación directa del daño en sentido amplio. (Giraldo, 2011, pág. 296).

Otro intento plausible de distinción entre los conceptos “Daño” y “Perjuicio” lo hace el profesor Juan Carlos Henao al citar al autor Benoit que definió el Daño como “una afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad o de una situación” y el perjuicio como “el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan del daño para la víctima del mismo”; de dicha definición trae diferencias entre daño y perjuicio a saber:

a) “El daño es un hecho constatable, mientras el perjuicio es una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada”, b) El patrimonio individual es el que sufre el perjuicio proveniente del daño, esto hace que el daño sea reparado y el perjuicio indemnizado y que algunas veces existan daños que causen perjuicios en el patrimonio de personas diferentes a quien directamente sufrió el daño, los que los legitime para reclamar una indemnización, pues “La acción de responsabilidad civil no estará exclusivamente permitida a un ser humano concebido de manera egocéntrica sino también a un ser humano socializado”.(Henao, El Daño, 1998, págs. 133-134).

Pese a razonar la necesidad de diferenciar los conceptos daño y perjuicio, finalmente el profesor Henao, se adhiere a la doctrina mayoritaria, tratando ambos conceptos de forma

indistinta a lo largo de su obra, sin embargo para nuestro estudio rescatamos lo expuesto por el maestro Henao al considerar que los conceptos “daño” y “perjuicio” son utilizados indistintamente, pero que: “las nociones, dependiendo de cómo sean tratadas, llaman la atención sobre las formas diferentes de operar la responsabilidad civil, de concebir la legitimación en la causa para actuar y, por tanto, de indemnizar”(Henao, El Daño, 1998, págs. 133-134).

En nuestro caso lo consideramos relevante para concebir la legitimación en la casusa y para indemnizar, porque al diferenciar ambos conceptos podríamos definir quiénes son los legitimados para reclamar indemnizaciones de perjuicios en eventos de pérdida de oportunidad, si es posible que la pérdida de oportunidad genere perjuicios materiales e inmateriales o si sólo genera inmateriales y cuál es el límite de su tasación; Problemas que iremos resolviendo a lo largo del desarrollo de esta obra.

Concluyendo de lo extraído en precedencia, que cuando hay referencia a la pérdida de oportunidad como daño autónomo, esta autonomía de predica del “daño en Sentido amplio” que emerge su causación del acontecer probatorio del proceso, por lo que en nuestro concepto, cuando se habla de autonomía para este tipo de daño se refiere es a su pleno reconocimiento para sentar una fuente de daño o “daño en sentido amplio” que genera unos “daños en sentido estricto” o perjuicios susceptibles de indemnización o compensación, no a una categoría independiente de perjuicio llamado “Pérdida de Oportunidad”.

Por ejemplo, cuando un paciente muere por una falla en la prestación del servicio médico y se probara la relación de la falla con la muerte, el daño en sentido amplio sería la muerte del paciente, que generó unos daños en sentido estrictos denominados por nuestra doctrina y Jurisprudencia Perjuicios Materiales e inmateriales; cuando no logra determinarse que la muerte obedeció a la falla en el servicio médico, pero si logra acreditarse que el paciente llegó con unas

probabilidades de sobrevivencia que debido a la ineficiente prestación de dicho servicio no logró sobrevivir, encontramos un daño en sentido amplio que emerge del debate probatorio llamado “pérdida de oportunidad”, los daños en sentido estricto son los perjuicios que se derivan de haber perdido esa posibilidad de sobrevivencia, denominados perjuicios materiales e inmateriales.

Esta conclusión la extraemos de la lectura de la Sentencia del 5 de abril de 2017 de la Sección Tercera subsección B del Consejo de Estado, cuando se inscribe en la postura darle autonomía al daño “Pérdida de la Oportunidad” y en lugar de llamarla pérdida de oportunidad como daño en sentido amplio, la denomina “una fuente de daño cuya reparación depende de lo probado en el proceso”, considerando que no es un “Daño en sentido estricto” porque estos daños son consecuencia de la pérdida de oportunidad, por lo tanto no procede estimarlo como perjuicio:

El truncamiento de una expectativa legítima genera diferentes tipos de perjuicios que deben ser indemnizados, es decir, si es de naturaleza material, será indemnizada de conformidad con este criterio o, si por el contrario es de naturaleza inmaterial, la reparación será de índole inmaterial<sup>2</sup>.(Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección B, 2017)

---

<sup>2</sup> Esta postura ha sido también sostenida por la doctrina nacional donde se considera que -para casos de responsabilidad médica- si es posible que se pueda indemnizar materialmente a la víctima que vio frustrada una oportunidad, pero de manera proporcional al grado de probabilidad que tenía de que la misma se realizaría o evitara, en caso contrario, según el autor, se estaría negando la reparación integral de los perjuicios sufridos por la víctima: “insistimos en considerar de recibo la nueva posición del Consejo de Estado en las sentencias del 8 de junio de 2011 y del 7 de julio del mismo año, de ver a la pérdida de la oportunidad como un daño autónomo, pero no la consecuencia que deviene de esa postura, toda vez que al acoger la tesis de que la pérdida de la oportunidad es un nuevo rubro a indemnizar, diferente a los perjuicios tradicionalmente aceptados como el daño emergente, el lucro cesante, el daño moral y el daño a la vida en relación, se puede limitar la posibilidad de indemnización de las consecuencias que ese daño genera en el patrimonio de la víctima, violando así la regla de la indemnización integral del daño” GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe, *La pérdida de la oportunidad en la representación civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 262.

Posición que no significa restarle autonomía a la pérdida de la oportunidad, pues se refiere es al daño en sentido amplio, y que tampoco da lugar a ubicarla dentro del elemento de la imputación para “solucionar la falta de prueba del nexo causal”, pues en esta misma sentencia se refieren a la importancia de la imputación jurídica en el escenario de la Responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico:

CAJANAL debe ser declarada responsable en el presente proceso al recaer en ella la obligación jurídica de la prestación del referido servicio y al haber autorizado su atención en la precitada clínica (v. supra. párr. 8.2), por lo cual está llamada a reparar a los demandantes, en la medida que la pérdida de oportunidad de sobrevivida de dicha paciente le es imputable jurídicamente<sup>3</sup>. CAJANAL, al prestar el servicio de salud a través de una persona de derecho privado, no se desprendió de su obligación positiva de prestar el servicio de salud sino que se constituyó frente al usuario en una prolongación de la entidad pública obligada a prestar dicho servicio. Lo anterior, máxime cuando la seguridad social y la salud son servicios públicos que aunque sean prestados por particulares deben estar bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad-(Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección B, 2017)

De lo que se infiere que la causalidad, que se ubica en la imputación fáctica, no es determinante al momento de atribuir responsabilidad Estatal y por lo tanto sería un contrasentido partir de la ubicación de la “Pérdida de Oportunidad” como elemento de imputación. Tanto es así que hay eventos en los que ni siquiera se analiza el vínculo causal porque no media tal vínculo

---

<sup>3</sup> Esta Sala ha reiterado esta posición en muchos otros fallos, entre los que cabe mencionar la sentencia del 13 de noviembre de 2014, rad. 31182, con ponencia de quien proyecta el presente fallo.

entre la omisión y la pérdida como lo analiza el Máximo tribunal Contencioso Administrativo en dicha providencia:

En eventos en los que la pérdida de oportunidad de evitar un perjuicio se manifiesta como una omisión absoluta, es innecesario el estudio de la causalidad, ya que este no participó desde un punto de vista fáctico en el despojo de la oportunidad; sin embargo, esto no significa que se descarte de plano una atribución de responsabilidad por la pérdida de la oportunidad, ya que este es un problema que deberá ser resuelto necesariamente no mediante el vínculo causal entre la omisión y la pérdida de probabilidades de evitar el menoscabo de un derecho, sino mediante el juicio de imputación por infracción a sus obligaciones que incidieron en el truncamiento de la oportunidad” ”(Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección B, 2017)

Concluimos del análisis precedente que para aplicar el “principio de reparación integral del daño” (Alpa, 2006, pág. 150) en materia de responsabilidad médica por la pérdida de la oportunidad , deben estar diferenciados los conceptos “Daño” y “Perjuicio”, considerando el “Daño” como aquel en sentido amplio al que podemos denominar “Pérdida de la oportunidad y perjuicio a las consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales que puede generar este daño a las víctimas”(Tamayo Jaramillo, 2017), de tal suerte que el reconocimiento de la autonomía de este daño logre además de incentivar la reparación integral de los daños en sentido estricto, la exhortación a la comunidad médica y a las Entidades Prestadoras del Servicio de Salud del Estado, a una prestación integral, diligente, eficiente y continua del servicio de salud, así como brindar un trato digno y humano a los pacientes, sin que esto último se constituya en una consecuencia punitiva del daño o “daño punitivo”(Buitrago Duque, 2007, pág. 117)

De modo que, atendiendo a que “La responsabilidad extracontractual y sus principios de reparación del daño antijurídico cumplen importante papel en la construcción colectiva de una sociedad basada en el respeto a la dignidad de la persona humana y de sus derechos humanos fundamentales”(Posada, 2013, pág. 273).

Conclusión que dará lugar a redefinir el daño antijurídico, tal como lo estima el maestro Juan Carlos Henao citado en la obra de Jaime Orlando Santofimio Gamboa(Santofimio Gamboa, 2017):

Qué se entiende por el daño antijurídico que produce u ocasiona la administración pública, no solo como no soportable por el administrado, sino como una realidad material, jurídica y fenomenológica, que comprende tanto la lesión como el detrimento, la aminoración y la afectación de bienes jurídicos, además del cercenamiento, la limitación o la restricción de derechos y libertades fundamentales del Estado Social y Democrático de derecho donde progresivamente crecen sus contenidos, se amplían las esferas de protección o se incluyen e integran sujetos como titulares de los mismos”(Henao, "Las Formas de reparación en la responsabilidad del Estado: Hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado, 2015)

Pese a que se van ampliando los conceptos de daño frente a la responsabilidad del Estado, no existe una precisión conceptual frente al mismo, ni un lineamiento claro por el legislador, dejando a arbitrio judge tanto el concepto de daño antijurídico cómo la reparación de algunos perjuicios, de tal suerte que se considere urgente afinar y delimitar dichos conceptos normativamente, con el fin de no caer en desbordamiento de condenas ni negación de derechos, resaltando la reflexión del profesor Javier Tamayo Jaramillo:

Un fenómeno tan vasto y de tanta incidencia social como el daño necesita de la mayor precisión conceptual. Su reparación no puede quedar librada a la interinidad de la conformación de las cortes, a las coyunturas económicas y menos al lecho de procusto de las ideologías o pasiones de los jueces. La deficiente conceptualización del daño, ha llevado, por inercia, a la deficiente conceptualización del principio de reparación integral, que se manifiesta en su evidente desborde jurisprudencial. La proliferación de categorías artificiales de daño inmaterial está llevando a la inopia al principio de reparación integral; su exceso lo está matando: *Summun ius summainiuria*, porque esta incontinencia se traduce en condenas ruinosas, en ocasiones por conceptos que ni siquiera fueron debatidos en el proceso, y que afectan los derechos de los agentes de daños o de quienes terminan respondiendo por sus actuaciones, como el dramático caso del Estado. (Tamayo Jaramillo, 2017)

Concluimos que en materia de responsabilidad civil y del Estado se ha desdibujado la diferencia conceptual entre Daño y Perjuicio y se ha tratado de forma indistinta a lo largo de la doctrina y la Jurisprudencia pues esto no era óbice alguno para lograr establecer formas de reparación integral. La dificultad se presenta cuando el daño es un fenómeno jurídico o una construcción Jurisprudencial como es el caso de la pérdida de la oportunidad, en este caso la oportunidad perdida es una construcción racional, no se trata propiamente a un fenómeno físico, por tal razón al momento de dar lugar a la reparación integral de este daño, es necesario diferenciar los conceptos “Daño en sentido amplio” de “Daño en sentido estricto”, para así determinar que lo que es susceptible de reparar es el daño en sentido amplio llamado pérdida de oportunidad y lo que es susceptible de indemnizar o compensar es el “Daño en sentido estricto” o

menoscabo en el ámbito patrimonial o extrapatrimonial derivado de esta pérdida, denominado “Perjuicio”.

## **Capítulo 2: Tratamiento jurisprudencial de la reparación de la pérdida de la oportunidad en la prestación del servicio médico asistencial del Estado**

### **Formas para reparar la pérdida de la oportunidad en la prestación del servicio médico asistencial del Estado según la jurisprudencia del Consejo de Estado**

Estudiada la jurisprudencia del H. Consejo de Estado en cuanto a las formas empleadas para reparar esta figura se identificaron 54 sentencias emitidas por la Sección Tercera que han reconocido la pérdida de la oportunidad en la prestación del servicio médico asistencial del Estado, a las cuales se les practicó análisis y se pudo evidenciar que existen tres posiciones sólidas y reiteradas desde el año 1999, las cuales se resumen así:

<b>Posición</b>	<b>Consejero(a) Ponente</b>	<b>Subsección</b>	<b>Identificación Expediente</b>	<b>Fecha</b>
<b>i. Aplicación del concepto pérdida de la oportunidad como nexo causal e indemnización bajo las tipologías de perjuicios tradicionales de la jurisprudencia contencioso administrativa</b>	RICARDO HOYOS DUQUE		68001-23-15-000-1999-10755-01	veintiséis (26) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999)
	JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS		11943	mayo tres (3) de mil novecientos noventa y nueve (1999)

	ENRIQUE GIL BOTERO	C	05001-23-25-000-1994-02074-01(21859)	catorce (14) de marzo de dos mil doce (2012)
	ENRIQUE GIL BOTERO	C	68001-23-15-000-1995-11195-01(25869)	veinticuatro (24) de octubre de dos mil trece (2013)
	ENRIQUE GIL BOTERO	C	05001-23-31-000-1995-00114-01 (29.595)	doce (12) de noviembre de dos mil catorce (2014)
<b>ii. Pérdida de la oportunidad como daño y perjuicio autónomo</b>	MAURICIO FAJARDO GOMEZ	A	05001-23-26-000-1995-00082-01(18593)	agosto once (11) de dos mil diez (2010)
	HERNAN ANDRADE RINCON	A	19001-23-31-000-1997-03715-01(19360)	ocho (8) de junio de dos mil once (2011)
	HERNAN ANDRADE RINCON	A	19001-23-31-000-1998-01005-01(21726)	veintiséis (26) de enero de dos mil doce (2012)
	HERNAN ANDRADE RINCON	A	25000-23-26-000-1999-00479-01(22943)	ocho (8) de febrero de dos mil doce (2012)
	HERNAN ANDRADE RINCON	A	20001-23-51-000-2000-00498-01(21413)	veintidós (22) de febrero de dos mil doce (2012)
	MAURICIO FAJARDO GOMEZ	A	88001-23-31-000-1998-00003-01(19755)	veintiuno (21) de marzo de dos mil doce (2012)
	MAURICIO FAJARDO GOMEZ	A	05001-23-31-000-1997-06020-01(26999)	treinta (30) de enero de dos mil trece (2013)

	MAURICIO FAJARDO GOMEZ	A	50001-23-31-000-1998- 00051-01(25731)	veintisiete (27) de febrero de dos mil trece (2013)
	HERNAN ANDRADE RINCON	A	25000-23-26-000-1999- 00791-01(23632)	catorce (14) de marzo de dos mil trece (2013).
	CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA	A	76001-23-31-000-1997- 24141-01(27743)	veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013)
	CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA	A	88001-23-31-000-2005- 00050-01(34125)	doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014)
	MAURICIO FAJARDO GOMEZ	A	52001-23-10-001-9980- 0983 01(28376)	veintiséis (26) de febrero de dos mil catorce (2014)
	MAURICIO FAJARDO GOMEZ	A	52001-23-31-000-1999- 01088-01(28579)	veintiséis (26) de febrero de dos mil catorce (2014)

	CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA	A	76001-23-31-000-2004-01210-02(33492)	veintiséis (26) de febrero de dos mil catorce (2014)
	CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA	A	68001-23-15-000-2003-01725-01(35420)	veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014)
	HERNAN ANDRADE RINCON	A	88001-23-31-000-2003-00073-01(32297)	doce (12) de marzo de dos mil quince (2015)
	HERNAN ANDRADE RINCON	A	66001-23-31-000-2002-00215-01(33114)	trece (13) de mayo de dos mil quince (2015)
	CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA	A	19001-23-31-000-2001-01429-01(35116)	primero (1) de agosto de dos mil dieciséis (2016)
	CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA	A	76001-23-31-000-2002-00569-01(36898)	diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

	CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA	A	19001-23-31-000-2008-00100-01(43646)	treinta (30) de agosto de dos mil diecisiete (2017)
	MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO	A	05001-23-31-000-2006-02696-01(43269)	primero (1º) de marzo de dos mil dieciocho (2018)
	MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO	A	68001-23-31-000-2004-02444-01(44740)	cinco (5) de julio de dos mil dieciocho (2018)
<b>iii. Reparación proporcional al porcentaje de posibilidad perdida bajo las tipologías tradicionales.</b>	MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ		12548	quince (15) de junio de dos mil (2000)
	MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ		11519	diez (10) de agosto de dos mil (2000)
	MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ		13006	catorce (14) de junio de dos mil uno (2001)
	DANILO ROJAS BETANCOURT H	B	54001-2331-000-1997-12658-01(31724)	treinta y uno (31) de mayo de dos mil trece (2013)
	DANILO ROJAS BETANCOURT H	B	50001-23-15-000-2000-00212-01(29986)	seis (6) de diciembre de dos mil trece (2013)

	DANILO ROJAS BETANCOURT H	B	25000-23-26-000-1995- 11687-01(26376)	veintinueve (29) de mayo de dos mil catorce (2014)
	RAMIRO PAZOS GUERRERO	B	08001-23-31-000-2001- 02277-01(31781)	treinta y uno (31) de julio de dos mil catorce (2014)
	STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO	B	15001-23-31-000-2001- 00215-01(32551)	nueve (9) de octubre de dos mil catorce (2014)
	STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO	B	23001-23-31-000-2000- 02299-01(26933)	nueve (9) de octubre de dos mil catorce (2014)
	RAMIRO PAZOS GUERRERO	B	08001-23-31-000-1998- 01255-01(30945)	cinco (5) de marzo de dos mil quince (2015)
	RAMIRO PAZOS GUERRERO	B	08001-23-31-000-2000- 03119-01(34921)	cinco (5) de marzo dos mil quince (2015)
	DANILO ROJAS BETANCOURT H	B	63001-23-31-000-2001- 00257-01(30469)	cinco (5) de marzo de dos mil quince (2015)

	STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO	B	18001-23-31-000-1998- 00206-01(29772)	veintiocho (28) de mayo de dos mil quince (2015)
	DANILO ROJAS BETANCOURT H	B	52001-23-31-000-2003- 01349-01(33140)A	dos (2) de mayo de dos mil dieciséis (2016)
	RAMIRO PAZOS GUERRERO	B	05001-23-31-000-1998- 00200-01(29589)	primero (1) de agosto de dos mil dieciséis (2016)
	STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO	B	13001-23-31-000-2001- 01592-01(34578)	primero (1) de agosto de dos mil dieciséis (2016)
	RAMIRO PAZOS GUERRERO	B	17001-23-31-000-2000- 00645-01(25706)	cinco (05) de abril de dos mil diecisiete (2017)
	STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO	B	08001-23-31-000-2002- 02174-01(39057)	diez (10) de mayo de dos mil diecisiete (2017)
	RAMIRO PAZOS GUERRERO	B	05001-23-31-000-1998- 03753-01(39317)	trece (13) de julio de dos mil diecisiete (2017)
	RAMIRO PAZOS GUERRERO	B	19001-23-31-000-2003- 01403-01(40387)	tres (03) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

	STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO	B	68001-23-31-000-1999- 00880-01(39806)	tres (3) de agosto de dos mil diecisiete (2017)
	DANILO ROJAS BETANCOURT H	B	85001-23-31-000-2010- 00125-01(42289)	catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)
	RAMIRO PAZOS GUERRERO	B	66001-23-31-000-2005- 01021-04(42803)	doce (12) de octubre de dos mil diecisiete (2017)
	RAMIRO PAZOS GUERRERO	B	05001-23-31-000-2003- 01057-01(38725)	veintinueve (29) noviembre del dos mil diecisiete (2017)
	DANILO ROJAS BETANCOURT H	B	05001-23-31-000-2005- 03194-01(42956)	treinta (30) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)
	RAMIRO PAZOS GUERRERO	B	05001-23-31-000-2004- 04779-01(40890)	siete (07) de febrero de dos mil dieciocho (2018)
	STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO	B	85001-23-31-000-2010- 00024-01(43841)	nueve (9) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Elaboración Propia

De un análisis estadístico aplicado al universo de sentencias emitidas por la Sección Tercera del H. Consejo de Estado se concluye que la Subsección A ha emitido 22 decisiones congruente con la posición “Pérdida de la oportunidad como daño autónomo”, representando un 41% sobre el total de fallos de la Corporación; por su parte la Subsección B ha consolidado 27 providencias que han respaldado la tesis sólida “Reparación proporcional al porcentaje de

posibilidad perdida bajo las tipologías tradicionales”, que corresponden a un 50% sobre el total de decisiones reconocidas por la sección precitada; y por último la posición “Aplicación del concepto pérdida de la oportunidad como nexos causal e indemnización bajo las tipologías de perjuicios tradicionales de la jurisprudencia contencioso administrativa”, analizada por la Subsección C ha representado el 9% de las sentencias emitidas.

### **Aplicación del concepto pérdida de la oportunidad como nexos causal e indemnización bajo las tipologías de perjuicios tradicionales de la jurisprudencia contencioso administrativa**

De acuerdo con el estado del arte practicado en la jurisprudencia del Consejo de Estado se encuentra la postura del C.P. RICARDO HOYOS DUQUE, en sentencia del 26 de abril de 1999, donde trataron los hechos que dieron origen al fallecimiento del señor HERNANDO MOGOLLON REYES, producto de un paro cardio-respiratorio originado en una severa inflamación del cerebro, derivado de la ausencia de atención por parte del sistema de salud que representaba el Instituto de Seguros Sociales.

Esta decisión con apoyo en la doctrina de la época sobre la pérdida de la oportunidad determina que este fenómeno hace parte de la causalidad que permite determinar la adecuada imputación jurídica a la entidad demandada, prescribiendo lo siguiente:

Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado como una “pérdida de una oportunidad”. En conclusión, la falla del servicio de la entidad demandada que consistió en la falta de diligencia para realizar un diagnóstico oportuno de la enfermedad sufrida por el paciente e iniciar de manera temprana el tratamiento adecuado, implicó para éste la pérdida de la oportunidad de curación y de sobrevivir y por esta razón el ISS deberá

indemnizar a la demandante por los perjuicios sufridos con la muerte de su esposo.(Consejo de Estado, 1999)

De lo anterior, es verídico afirmar que la providencia analizada determina la pérdida de oportunidad como nexo causal de la imputación de falla en el servicio que se le reprochó al Instituto de Seguros Sociales. Y frente a la indemnización de perjuicios, no realizó análisis sobre las oportunidades pérdidas que sufrió el demandante, toda vez que para el fallador dicho concepto hace parte de la imputabilidad del daño, y no del daño en sí mismo, por lo que, frente a su cuantificación procedió con el reconocimiento de los perjuicios tradicionales adoptados por la jurisprudencia de la época, expresados así:

Como consecuencia de la anterior declaración, **condénase** al Instituto de Seguros Sociales a pagar a Elizabeth Bandera Pinzón el equivalente a 1000 gramos de oro, por perjuicios morales.

Condenase al instituto de seguros sociales a pagar a Elizabeth bandera Pinzón por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante la suma de TREINTA Y SIETE MILLONES CIENTO SESENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS ONCE PESOS M.L. (\$37.167.511,00)(Consejo de Estado, 1999)

De la tesis del H. Consejo de Estado, se extrae que la regla aplicable es la necesidad de estudiar las oportunidades pérdidas del paciente en la atención médica, toda vez que estas son determinantes para demostrar la responsabilidad ante la ausencia de emplear un tratamiento idóneo; pero frente a su cuantificación, la indemnización corresponde a la totalidad del perjuicio como si el daño se hubiese completado, vg., acaecido la muerte o lesión permanente; pues la liquidación efectuada por el Consejero Ponente es homologa a los demás estudios de casos

fallados en la época, correspondiente a la indemnización del daño derivado de la muerte imputable a la entidad pública, y no, al cercenamiento de las posibilidades de sobrevida o mejoría.

En sentencia del 3 de mayo de 1999, el C.P JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS, desató litis consistente en los hechos relativos a la atribución de responsabilidad a entidad pública por la muerte del paciente JOSÉ FERNANDO SOSA BENJUMEA, quien fue lesionado con arma corto punzante, y trasladado a unidad hospitalaria recibiendo atención inicial y se ordenó alta médica. Ante la persistencia de alteración de la salud, regresa al servicio y se ordena su hospitalización diagnosticando fracturas y hematomas; posteriormente, se practica cirugía con miras a drenar el hematoma; a los días subsiguientes fallece el paciente como consecuencia de sus afecciones.

En estudio del caso de marras, la Sala examinó los elementos de la responsabilidad administrativa, específicamente inicia con la determinación del nexos causal, con miras a hallar la causalidad adecuada que permita atribuir el daño antijurídico, prescribiendo en dicha providencia lo siguiente:

Para la Sala está demostrado que con la omisión por parte de la administración, más precisamente, con el retraso en la prestación del servicio se privó al enfermo de la posibilidad de ser intervenido quirúrgicamente para buscar una curación a la cual razonablemente podía aspirar. Dicho en otros términos, la falta de diligencia y cuidado en la obtención del examen disminuyó gradualmente las posibilidades de éxito de la operación quirúrgica, y con ello, menguaron sus posibilidades de sanación, o, también, en la medida del transcurso del tiempo en la obtención del examen la presión endocraneana

aumentó y las posibilidades de salvación a través del acto quirúrgico se hicieron más exiguas.

Es cierto que la esperanza de vida, debido a la gravedad de la herida que presentaba, no era la más halagadora. Sin embargo debe tenerse en cuenta que la valoración del daño se concreta a las posibilidades que perdió el paciente de obtener una intervención quirúrgica más adecuada en el tiempo, restando con esto posibilidades de sanación. Pues si bien no se acreditó categóricamente los efectos nocivos de la herida, lo cierto es que se puso en evidencia el incumplimiento de la obligación galénica que exige del personal médico y paramédico poner al alcance del paciente todos los medios, in extremis, y a no abandonarlo hasta que cese el riesgo para su salud.

La Sala al resolver el caso sub-exámine, tiene en cuenta que en la doctrina y en la jurisprudencia francesa, existe una corriente, según la cual, procede la pretensión indemnizatoria cuando la muerte o el desmejoramiento de la salud ocurre por la pérdida de una oportunidad de sobrevivida o de curación (*perte d' un chance, de survie, de guérison*). En estos eventos, la actuación del servicio, estructuralmente concebido, se reputa fallido y como consecuencia de ello se frustran las posibilidades de curación.

En el caso bajo estudio, bien puede afirmarse que la inactividad en la consecución de la escanografía, creó un riesgo injustificado, es decir, generó un estado de peligro (*créationfautive d' unetatdangereux*) que el paciente no estaba obligado a soportar.”(Consejo de Estado, 1999)

Se observa que la Sala determina la pérdida de la oportunidad como criterio de imputación, pues en su análisis, la figura tiene incidencia exclusiva ante la determinación del

elemento nexos causal, el cual se concluye a partir del juicio de reproche ante el retraso en la prestación del servicio médico y ausencia de idoneidad en el tratamiento prescrito por el personal de la unidad hospitalaria, los cuales consideraron causa idónea para declarar la pérdida la oportunidad de recuperación o sobrevida; además, se introdujo en el análisis de las circunstancias fácticas relacionadas con las indebidas actuaciones médicas, una nueva categoría de exceso de cargas públicas que los pacientes no están en la obligación de soportar, en dicha consideración, en el caso sub examine la entidad pública debía indemnizar conforme a la imputación que permitía establecer la pérdida de la oportunidad ante la negligencia médica.

Ahora bien, adentrados en el segundo análisis que versa sobre la existencia de daño e indemnización de perjuicios, señaló el Consejero, que frente al concepto de daño se concreta en la disminución de oportunidades de curación o sobrevida que padeció el paciente y que fue la causa adecuada para atribuir su responsabilidad; en forma subsiguiente, derivó la forma de reparar en aplicación del principio de reparación integral y equidad del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, sin que aplicara disminución de la suma, pues consideró que no existió actuación de los demandantes que aportara en la ocurrencia del daño, por lo expuesto, hizo uso de las categorías tradicionales para la época, consistentes en asignar un valor equivalente en gramos de oro.

Así las cosas, es claro que la postura asumida por el Consejero JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS frente a la pérdida de la oportunidad, es relativa al nexos de causalidad o juicio de atribución del daño sufrido por el paciente consistente en la imposibilidad de sobrevivir o curarse, pues en su criterio, la pérdida de oportunidad debe estudiarse a partir de las evidencias médicas e historia clínica que demuestren las actuaciones del personal, frente a las cuales se deberá contrastar su idoneidad y oportunidad, y su desacierto genera una carga pública que en ningún caso debe ser soportable o asimilada por el paciente, sin que haya aplicado dicho

criterio en forma de reparar, pues como se evidencia de la condena utilizó las categorías tradicionales para indemnizar las muerte sin elucubraciones o consideraciones adicionales.

Por su parte, en sentencia de 12 de noviembre de 2014, se estudió por la Corporación – Consejero ENRIQUE GIL BOTERO, el expediente con el siguiente acontecer fáctico, paciente que ingresó el 26 de julio de 1993, al servicio de urgencias del Hospital San Juan de Dios en el Municipio de Rionegro, después de haber sufrido lesiones como consecuencia de un accidente de tránsito, y le fue suministrada atención médica tres horas después de su ingreso; transcurridas 7 horas más, fue remitido a hospital de mayor nivel en la ciudad de Medellín; falleciendo el paciente al día siguiente.

En la providencia estudiada, el Consejero Ponente analizó y determinó la naturaleza jurídica de la pérdida de la oportunidad como elemento de imputación fáctica de los daños que le son atribuibles a la entidad pública demandada, dentro del análisis del nexo de causalidad; frente al particular, recopiló la jurisprudencia de la Corporación, la internacional, y la doctrina, manifestando que para la fecha de la providencia existían dos posiciones sólidas, daño autónomo e imputación, adoptando la segunda como criterio idóneo, pues consideró que la pérdida de la oportunidad es un medio de aligeramiento de las cargas probatorias cuando no existe prueba del nexo causal, esto es, relación causa-efecto del daño que se pretende atribuir al Estado, pero que, a través de dicha figura se podrá realizar imputación fáctica de la oportunidades que le fueron negadas al paciente.

Las anteriores conclusiones se extraen de la determinación que asumió en la providencia, y que fueron necesarias para declarar la responsabilidad de la entidad pública en el caso sub examine, señalando frente a la pérdida de la oportunidad lo siguiente:

Aun cuando el a-quo pasó por alto el concepto de pérdida de oportunidad, se debe precisar que a esta categoría corresponden las situaciones en las cuales “no es posible acreditar el nexo de causalidad entre un comportamiento médico negligente y el daño sufrido por el paciente, pero exista una probabilidad significativa de que el evento dañoso no hubiera tenido lugar de haberse dado la conducta debida; la doctrina de la pérdida de oportunidad permite considerar que dicha negligencia privó al paciente de oportunidades de curación o supervivencia que deben ser indemnizadas.

Así las cosas, de lo expuesto hasta aquí, se puede concluir, por lo menos de parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que la pérdida de oportunidad ha sido entendida como un daño autónomo, distinto e independiente del daño final; que cuando una falla del servicio ha cercenado una oportunidad cierta y razonable de obtener un resultado favorable o evitar un perjuicio hay lugar a la declaratoria de responsabilidad del Estado, no por el daño final, sino por la oportunidad perdida, que debe ser cuantificada económicamente de acuerdo con los medios probatorios y circunstancias propias de los hechos. En ese orden, la forma cómo se indemniza, que constituye el problema fundamental en lo que tiene que ver con este tema, ha sido direccionada a la concesión de sumas genéricas por un rubro llamado “pérdida de oportunidad”.

Adicional a esto, en algunas decisiones, se ha estimado procedente la condena por perjuicios morales, con la aclaración de que no se conceden por el dolor, angustia y congoja sufrida por los demandantes por el daño final (especialmente cuando se trata de familiares de una persona que murió), sino por la pérdida de las probabilidades de recuperarse. De acuerdo con el estado actual de la jurisprudencia, no es procedente una condena en razón de perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) ni daño a la

salud, comoquiera que esos perjuicios tienen causa directa en el daño final, el cual no se indemniza en los eventos planteados.

Desde la anterior panorámica, lo cierto es que en los sistemas de responsabilidad modernos, el juez no debe tolerar que la falta de delimitación precisa del nexo causal impida la atribución de resultados, comoquiera que, para endilgar un resultado desde el plano de las ciencias sociales el elemento causal puede ser insuficiente, motivo por el cual se debe recurrir al concepto de imputación, que bien puede apoyarse en lo que se ha denominado desde la perspectiva naturalística: causalidad preponderante.

Ahora bien, la imputación se vale de conceptos sociológicos y filosóficos como el de riesgo y de rol para controlar y dominar la volatilidad del análisis causal, por lo tanto, el juez debe emplear en la determinación de si un resultado es imputable o no a una determinada conducta, construcciones teóricas como la imputación objetiva que brindan al operador judicial una caja de herramientas a efectos de estudiar, analizar y controlar los cursos causales que son sometidos a su consideración para que sean objeto de decisión judicial, desde la perspectiva de la imputación fáctica. Por ende, criterios como: i) el principio de confianza, ii) el riesgo permitido, y iii) la posición de garante, son algunos de los instrumentos jurídicos con los que se dota, en la actualidad, al juez para que pueda abordar un análisis riguroso en materia de imputación.

Así las cosas, en tratándose de la pérdida de la oportunidad, se deben precisar algunos aspectos sobre el tema, a efectos de garantizar su correcta aplicación. Tales precisiones son las siguientes:

a) La pérdida de la oportunidad es un concepto jurídico que permite definir problemas de imputación, en aquellos eventos en que no existe prueba suficiente del nexo causal que define una determinada relación causa – efecto. En consecuencia, el análisis de esta figura debe realizarse en sede de la imputación fáctica.

b) La figura tiene aplicación en aquellas situaciones en que existe duda o incertidumbre en el nexo causal, de tal forma que el grado de probabilidad oscile en un margen entre el 1% y el 99% de que un daño sea el producto de una causa específica, siempre que el porcentaje, sin importar el quantum, constituya una oportunidad sustancial de alcanzar un resultado más favorable.

Si el juez no tiene inquietudes frente al nexo causal que sirve de soporte a la imputación fáctica y jurídica del resultado, no existe razón o justificación para hablar de pérdida de oportunidad, por cuanto como tal no se presentó esta circunstancia, sino que, lo que acaeció es una de dos hipótesis: i) que materialmente no se puede atribuir el resultado en un 100%, en cuyo caso habrá que absolver al demandado o, ii) que material y jurídicamente se atribuya el resultado al demandado de manera plena, en cuyo caso la imputación no estará basada en la probabilidad sino en la certeza, por ende, el daño será en un 100% endilgable a la conducta de determinada conducta estatal.

Comoquiera que el análisis de la pérdida de la oportunidad se efectúa en la instancia del estudio del nexo causal –como presupuesto de la imputación fáctica u objetiva del daño–, la función del operador judicial en estos eventos, es la de apoyarse en las pruebas científicas y técnicas aportadas al proceso para aproximarse al porcentaje de probabilidad sobre el cual se debe establecer el grado de la pérdida de la oportunidad de recuperación y, consecuentemente, el impacto de tal valor en el monto a indemnizar, pues que como

ya se analizó, el perjuicio no puede ser total ante la falta de certeza.”(Consejo de Estado, 2014)

Concluye la sala declarar la responsabilidad por conducto de la pérdida de la oportunidad como criterio de imputación fáctica que permite determinar la causalidad entre el daño y la negación del tratamiento idóneo que redundara en la posibilidad de recuperación o sobrevida, por esta razón, como resolución de la providencia señalaron:

**“Primero: DECLÁRASE** patrimonialmente responsable a la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Rionegro, por la pérdida de oportunidad que sufrió William Ferney Aristizábal Peláez en la atención médica recibida en el servicio de urgencias, en hechos ocurridos el 26 y 27 de julio de 1993.” (Consejo de Estado, 2014)

Ahora bien, una vez determinada la naturaleza de la pérdida de la oportunidad como criterio de imputación fáctica, El Consejero Ponente – ENRIQUE GIL BOTERO, señaló en esta decisión, la dificultad a la que esta avocada la judicatura para la cuantificación del perjuicio, derivado de la complejidad de determinar con precisión las probabilidades de evitar el daño o de obtener una ganancia, dictando dos formas de reparar este perjuicio: i. Asignar un porcentaje de acuerdo con las circunstancias fácticas y los elementos probatorios, las cuales deberán contrastarse con la estadística disponible para el caso concreto. ii. Aplicar la equidad y el principio de la reparación integral conforme al artículo 16 de la Ley 446 de 1998. Resaltado el Consejero, que la primera forma en su criterio es la más acertada.

Analizó el Consejero Ponente que, de la valoración de los medios existentes en el proceso, y ante la ausencia de prueba pericial que determine el porcentaje de cercenamiento de

probabilidades, era procedente estudiar la prueba testimonial de los galenos, la gravedad del accidente y la naturaleza de las afecciones, en los siguientes términos:

Si bien no existe una claridad porcentual respecto de las probabilidades que el paciente tenía de salvar su vida habiendo recibido una atención especializada oportuna y un apoyo diagnóstico imagenológico adecuado, lo cierto es que la causa de la muerte fue un hematoma que fue creciendo intracranalmente hasta aumentar excesivamente la presión, amenaza que indudablemente el TAC hubiera detectado y que una intervención quirúrgica tendiente a aliviar la presión hubiera evitado la muerte del paciente, sin perjuicio de las complicaciones in situ y secuelas posteriores.

De esta manera, teniendo en cuenta la gravedad del accidente y la naturaleza diferente de las lesiones sufridas por el joven William Ferney Aristizábal, así como los sistemas comprometidos en su organismo, con fundamento en criterios de equidad, la Sala determina que el porcentaje de pérdida de oportunidad en este caso es de 50%, cifra que será el criterio para la cuantificación de los montos a indemnizar.(Consejo de Estado, 2014)

La sala de decisión, en el caso citado, ante la ausencia de un dictamen pericial determinó que, de acuerdo con las circunstancias fácticas y las evidencias del caso, asignó como porcentaje de pérdida de la oportunidad el equivalente al 50%, hallando así, el criterio para la cuantificación del monto a indemnizar bajo las tipologías tradicionales de reparar perjuicios.

Concediendo en la sentencia bajo estudio el perjuicio material de lucro cesante liquidado bajo las tipologías reconocidas por la jurisprudencia reducido en el porcentaje determinado como oportunidad perdida, calculado así:

**Lucro cesante consolidado** Comprende el período transcurrido desde la fecha de los hechos, 27 de julio de 1993, hasta la fecha en que William Ferney Aristizábal Peláez cumpliría los 25 años de edad, es decir, en marzo de 1998, para un total de 56 meses.

Aplicando la fórmula, se tiene lo siguiente:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

i

$$S = \$288.750 \frac{(1+0.004867)^{56} - 1}{0.004867}$$

0.004867

$$S = \$18'536.705,3$$

Conforme a lo anterior, la indemnización total por concepto de lucro cesante a favor de Jairo Aristizábal Ramírez y Clara Emilia Peláez Gómez, **equivale al 50% de esta suma, es decir, \$9'268.353 para cada uno.**” (Consejo de Estado, 2014)

Asimismo, la categoría de perjuicios morales fue aplicada conforme a la sentencia de unificación reducida en la proporción a la determinada como pérdida de la oportunidad, esto es, 50 SMLMV para quienes estaban en el primer grado de consanguinidad, y 25 SMLMV para los de segundo grado de consanguinidad, reiterando “ no se indemniza el sufrimiento que generó la muerte del joven WILLIAM FERNEY, sino la congoja producida por haber perdido la oportunidad de que el tratamiento oportuno y adecuado preservara su vida.”(Consejo de Estado, 2014)

En suma, la teoría de pérdida de la oportunidad aplicada por esta línea jurisprudencial se centra en la determinación de la responsabilidad administrativa a partir del juicio de causalidad

que genera la negligencia u ausencia de practica de todos los tratamientos médicos necesarios para que el paciente lograra la sobrevida o recuperar su salud, y ante su prueba, se genera la causalidad adecuada de la falla en el servicio que se le atribuye al Estado.

Empero, que frente a la determinación y cuantificación de los perjuicios reconocidos no se realizó mayor análisis de la naturaleza diferencial que puede generar la pérdida de la oportunidad, pues como se evidencia de los apartes citados, la sentencia del C.P RICARDO HOYOS DUQUE hace uso de las categorías tradicionales, como si estuviese indemnizando la muerte del paciente, resultado que se produjo como consecuencia de paro cardio-respiratorio originado en una severa inflamación del cerebro, lo que se considera un desacierto, pues lo que se atribuye en el caso sub examine, es la negación deliberada de los tratamientos que ofrece la medicina para tratar las afección, por lo que dicha cuantificación se considera desajustada, incongruente y desacertada, pues se indemnizó un daño diferente al que realmente sufrió la víctima.

Frente al segundo caso, es pertinente considerar que el tratamiento de pérdida de oportunidad se fundamentó en el mismo elemento de la responsabilidad administrativa, pero se realizó una consideración especial frente a la incongruencia de indemnizar la muerte de la paciente cuando dicho daño no es atribuible al Estado, sin embargo, no se explicó la reducción de la indemnización al 50%, pues la ratio se limitó al enervamiento del principio de equidad, sin aplicación de los criterios científicos, técnicos y/o estadísticos, acudiendo al arbitrio judicial en su carácter extremo. Posición que ha sido respaldado por 5 decisiones emitidas en el seno de la Sección Tercera del Consejo de Estado, representando un 9% sobre el universo de providencias desde el año 1999 a la fecha.

### **Pérdida de la oportunidad como daño y perjuicio autónomo**

En sentencia del 11 de agosto de 2010, el Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez, trató las siguientes circunstancias fácticas: ingresa paciente al hospital de San Lorenzo del Municipio de Liborina Antioquia -15 de marzo de 1994, con graves golpes en su cabeza debido a un ataque propinado previamente. El paciente no recibe las atenciones adecuadas debido a que el equipo médico-asistencial considera que no se trata de enfermedad o lesión grave, sino de embriaguez, finalmente el paciente fallece a causa de hematoma epidural por trauma.

En lo atinente a la naturaleza jurídica que le otorga el Consejero Ponente y que es relevante para determinar a la posición de la subsección frente a la pérdida de la oportunidad, es fundamental estudiar las siguientes consideraciones:

No obstante las aparentemente irreconciliables diferencias a las cuales conduciría la anotada disparidad de enfoques respecto del ámbito en el cual procede estudiar la naturaleza y los alcances de la noción de “pérdida de oportunidad”, esto es, si se trata de un elemento relacionado con el examen de la relación causal o si, en cambio, constituye una modalidad de daño autónoma.

Llama la atención que incluso quienes defienden que la operatividad de la figura en comento tiene lugar en el territorio de la causalidad, concluyen que la pérdida de chance da lugar a que se repare un daño que no coincide con la plena ventaja que se esperaba obtener o con el detrimento cuya evitación se pretendía, sino que, por el contrario, la aludida atenuación o facilitación de la prueba del nexo causal da lugar ora a una indemnización siguiendo la regla de la responsabilidad proporcional lo cual evidencia, en criterio de la Sala, que es la oportunidad perdida el daño que realmente se repara, en proporción al monto de la indemnización que procedería si se dispusiere la reparación

con referencia al beneficio perdido—, ora, sin ambages, a la indemnización de un rubro del daño respecto del cual la relación causal con el hecho dañino sí se encuentra acreditada —la pérdida del chance.

Si bien es cierto que se insiste en señalar que el examen respecto de la existencia de pérdida de chance u oportunidad comporta un asunto de incertidumbre causal entre el daño y el hecho que lo origina, no es menos verídico que se efectúa igualmente acentuado énfasis en señalar que el daño a reparar por este concepto no es la ventaja esperada —o el detrimento no evitado— sino, exclusivamente, la oportunidad o probabilidad perdida, cuyo valor necesariamente ha de ser inferior al del “daño final”; la distinción entre las dos referidas modalidades del daño va a condicionar, entonces, las consecuencias que se anudan a la calificación de la pérdida de oportunidad como un mecanismo de facilitación probatoria en punto de causalidad.”(Consejo de Estado, 2010)

En lo que atañe a la forma de reparar el perjuicio derivado de la pérdida de la oportunidad, el Consejero Ponente resalta:

Toda vez que no obran en el expediente más elementos probatorios que puedan ser valorados con miras a establecer, con fundamento en criterios técnicos, estadísticos y apoyándose en información objetiva y contrastada, la cuantía del daño que por concepto de pérdida de oportunidad le fue irrogado a la parte demandante, la Sala acudirá al criterio de la equidad como principio que el ordenamiento jurídico —artículo 16 de la Ley 446 de 1998— impone tener en cuenta para efectos de reparar de forma integral el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, a cuyo auxilio debe acudir, además, por virtud del denominado principio *pro damnato*, propio del derecho de daños y que sin duda ha de hacer sentir su vigor en escenarios como el del presente

caso, en el cual se encuentran acreditados todos los elementos necesarios para imponer al Estado la obligación de reparar el daño antijurídico que causó, pero resulta altamente improbable —por no decir que materialmente imposible— recaudar elementos demostrativos que permitan cuantificar de forma técnica, con apoyo en elementos matemáticos y/o estadísticos, el monto del perjuicio a indemnizar.(Consejo de Estado, 2010)

De la lectura de la providencia anterior, se concluye el reconocimiento de la pérdida de la oportunidad como un daño autónomo, y para su cuantificación se determinó la existencia de dos reglas a saber: i. Se deberá acudir a criterios técnicos, estadísticos y apoyarse en información objetiva y contrastada; en ausencia de esta ii. Se acudirá al criterio de la equidad del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, en virtud de lo cual se aplicará el principio pro damnato.

Estableciendo en el caso en concreto que, al no encontrarse los criterios en la regla i, el despacho aplicó las reglas de la equidad, determinando como daño autónomo la pérdida de la oportunidad y otorgando una suma genérica que en su criterio reparaba integralmente este perjuicio de la siguiente forma:

Dado que el perjuicio autónomo que aquí se indemniza no deviene exactamente de la muerte del señor Carlos Humberto Valencia Monsalve sino de la pérdida de oportunidad de dicha persona para recuperar su salud y tratar de sobrevivir, la Sala no se pronunciará respecto de los perjuicios materiales solicitados en la demanda, comoquiera que ellos derivan de la muerte de la víctima directa, motivo por el cual se reconocerá, con fundamento en el principio de equidad antes mencionado, una suma genérica para cada demandante.”(Consejo de Estado, 2010)

Suma genérica que se expresó así:

3. Condénase al Hospital San Lorenzo de Liborina E.S.E., a pagar a los señores Pedro Emilio Valencia Vásquez, Ana Eva Monsalve Londoño y Oliva de Jesús Correa Montoya, la suma equivalente a sesenta (60) S.M.L.M.V., para cada uno, a título de pérdida de la oportunidad de su hijo y compañero permanente.

4. Condénase al Hospital San Lorenzo de Liborina E.S.E., a pagar a los señores Guillermo León Valencia Monsalve, Hilda Helena Valencia Monsalve, Pedro Emilio Valencia Monsalve y Leonel de Jesús Valencia Monsalve, la suma equivalente a treinta (30) S.M.L.M.V., para cada uno, por concepto de la pérdida de la oportunidad de su hermano.”(Consejo de Estado, 2010)

Por su parte, el Consejero Ponente HERNAN ANDRADE RINCON trató el caso del señor Jhon Fernando Urueña García en calidad de paciente del Hospital El Tunal de Bogotá, pues en desarrollo de una intervención quirúrgica producto de heridas por arma de fuego, falleció el 30 de noviembre de 1997, como consecuencia del inoportuno procedimiento de Laparotomía.

Una vez determinado el nexo de causalidad y título de imputación, procedió el Despacho a indemnizar y cuantificar el perjuicio derivado de la pérdida de la oportunidad, aplicando el precedente creado por el C.P MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, en sentencia del 11 de agosto de 2010, aclarando que no es procedente indemnizar el perjuicio que devino de la muerte, sino del cercenamiento de las oportunidades perdidas, que en el caso en concreto se traduce en la posibilidad de sobrevida o recuperación.

Empero que el precedente original que dio cabida a esta línea de la determinación de la pérdida de la oportunidad como daño autónomo erigida como sólida y que continúa teniendo eco

en la Corporación, se fundamentó en la determinación de la verdadera ocurrencia de un daño consistente en el cercenamiento de las oportunidades del paciente de curación o sobrevida, frente a la cual se aliviana las cargas probatorias

No obstante las aparentemente irreconciliables diferencias a las cuales conduciría la anotada disparidad de enfoques respecto del ámbito en el cual procede estudiar la naturaleza y los alcances de la noción de “pérdida de oportunidad” —esto es, si se trata de un elemento relacionado con el examen de la relación causal o si, en cambio, constituye una modalidad de daño autónoma—, llama la atención que incluso quienes defienden que la operatividad de la figura en comento tiene lugar en el territorio de la causalidad, concluyen que la pérdida de chance da lugar a que se repare un daño que no coincide con la plena ventaja que se esperaba obtener o con el detrimento cuya evitación se pretendía, sino que, por el contrario, la aludida atenuación o facilitación de la prueba del nexo causal da lugar ora a una indemnización siguiendo la regla de la responsabilidad proporcional.

Lo cual evidencia, en criterio de la Sala, que es la oportunidad perdida el daño que realmente se repara, en proporción al monto de la indemnización que procedería si se dispusiere la reparación con referencia al beneficio perdido, ora, sin ambages, a la indemnización de un rubro del daño respecto del cual la relación causal con el hecho dañino sí se encuentra acreditada —la pérdida del chance.

Si bien es cierto que se insiste en señalar que el examen respecto de la existencia de pérdida de chance u oportunidad comporta un asunto de incertidumbre causal entre el daño y el hecho que lo origina, no es menos verídico que se efectúa igualmente acentuado énfasis en señalar que el daño a reparar por este concepto no es la ventaja esperada —o el

detrimento no evitado— sino, exclusivamente, la oportunidad o probabilidad perdida, cuyo valor necesariamente ha de ser inferior al del “daño final”; la distinción entre las dos referidas modalidades del daño va a condicionar, entonces, las consecuencias que se anudan a la calificación de la pérdida de oportunidad como un mecanismo de facilitación probatoria en punto de causalidad.(Consejo de Estado, 2010)

Así las cosas, determinó en igual sentido suma genérica ante la necesidad de aplicar el principio de equidad, bajo la tipología de pérdida de oportunidad, en los siguientes términos:

TERCERO. En consecuencia, CONDENAR al Hospital El Tunal III Nivel, a pagar las siguientes sumas de dinero:

3.1. A título de pérdida de oportunidad, a favor de los señores Rogelio Urueña García y Miguel Leonardo Arias García, la suma equivalente en pesos a 25 SMLMV y, a favor de la señora María Iveth García Suárez, la suma equivalente en pesos a 50 SMLMV.”  
(Consejo de Estado, 2013)

Replicando el criterio expuesto, el Consejero Ponente CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, decidió la litis relativa al deceso del señor VICTOR JULIO AZUERO GONZÁLEZ, acaecida el 17 de diciembre de 1999, como consecuencia de accidente de tránsito, en el cual sufrió graves lesiones que conllevaron a ser internado en centro hospitalario, presentándose deficiencias en la atención médica que desencadenaron deterioro clínico y posterior resultado.

Previa determinación de los supuestos de la responsabilidad administrativa de la Empresa Social del Estado demandada, y siendo imputado el daño a la pérdida de la oportunidad y no la muerte, precisó que:

Dado que el perjuicio autónomo que acá se indemniza no tuvo como génesis la muerte del señor Víctor Julio Azuero González, el monto a indemnizar no será propiamente el que corresponda al fallecimiento de éste, sino al de la pérdida de oportunidad de recuperar su estado de salud y de salir con vida de la situación que padeció.

Teniendo en cuenta lo dicho, la Sala estima que una suma justa por la pérdida de oportunidad que sufrió el señor Víctor Julio Azuero González de recuperarse de sus lesiones y salvar su vida es 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor de la señora Rosa Elena Pulgarín Galeano, quien demostró ser la esposa de la víctima directa del daño y, por tanto, encontrarse legitimada en la causa para demandar.(Consejo de Estado, 2016)

La posición imperante para esta corriente, fue igualmente adoptada por la C.P MARTHA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, en sentencia que resolvió sobre las pretensiones de invocaron los familiares de la paciente MARIA BERNARDA RUEDA DE RAMÍREZ, quien padecía diabetes y presentaba síntomas de malestar general, cefalea y decaimiento, acudiendo a diferentes centros hospitalarios donde le fue negada la atención. Posteriormente, fallece como consecuencia de afección cardiaca.

La forma de indemnizar la pérdida de la oportunidad en el caso concreto se acoge a lo resuelto en sentencias precedentes, esto es, emplea el criterio de la equidad como fundamento del perjuicio adoptando una postura “genérica” como cuantificación, como se expone a continuación:

TERCERO: Como consecuencia de lo resuelto en el numeral anterior, CONDENAR (...) a indemnizar a las siguientes personas en las siguientes sumas por concepto de pérdida de oportunidad:

- Para el señor CÉSAR ANTONIO RAMÍREZ RICO –esposo de la víctima- la suma equivalentes a sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

- Para la señora GLADYS DE JESÚS RAMÍREZ RUEDA –hija de la víctima- la suma equivalentes a sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

-Para la señora MARÍA ROSALBA RAMÍREZ RUEDA –hija de la víctima- la suma equivalentes a sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”(Consejo de Estado, 2018)

De lo anterior, se colige la persistencia del precedente jurisprudencial y se consolida como posición sólida y reiterada la teoría de la pérdida de la oportunidad como daño autónomo, para una fracción de la jurisprudencia en Colombia, consistente en un número plural de veintidós (22) providencia estudiadas. Acogiendo como criterio, la necesidad de juicio científico, técnico y/o estadístico para determinar el porcentaje de probabilidad cercenado en el caso en concreto; y ante la ausencia de este, adoptar el principio de equidad otorgando una suma genérica bajo la tipología de pérdida de la oportunidad.

Aunado a lo anterior, se deberá observar las consideraciones de los precedentes estudiados en el sentido de declarar o crear una nueva categoría indemnizatoria que no tiene fundamento en el ordenamiento jurídico, y que finalmente su cuantificación es copiada de la expresión matemática que ha determinado la jurisprudencia colombiana para los perjuicios materiales e inmateriales. Empero que, crear un daño autónomo que corresponde a la equidad

como principio rector y al arbitrio judicial, no responde a la adecuada tasación que se pretende a través de medios probatorios que realmente generen convencimiento y certeza sobre el adecuado procedimiento para su determinación.

### **Reparación proporcional al porcentaje de posibilidad perdida bajo las tipologías tradicionales**

Como precursora de esta forma indemnizatoria de pérdida de la oportunidad se encuentra la sentencia de la C.P MARIA ELENA GIRALDO GÓMEZ, del 15 de junio de 2000, desatando la litis de la muerte del señor FRANKIL CARMONA MONTOYA, quien para el 20 de enero de 1994 padeció accidente de tránsito, sufriendo trauma craneoencefálico, ante esta situación, el personal médico determinó ausencia de compromiso neurológico y procedieron a dar de alta. Posteriormente se agrava su situación médica, por lo que, su familia decide regresar al servicio asistencial, allí es remitido a Hospital de mayor nivel y valorado sólo hasta seis horas después de su ingreso. Ante la falta de atención oportuna, el paciente fallece, determinando como causa paro cardo-respiratorio.

El sucinto análisis de la providencia y el sustento de la forma de reparar se contraen al siguiente:

En lo que atañe con la fijación de la indemnización la Sala estima que la indicada por el Tribunal no es proporcional a la realidad de los hechos, pues se sabe que el paciente ingresó con un trauma cráneo encefálico, ocasionado en un accidente de moto, trauma respecto del cual se desconoce, a ciencia cierta, si su tratamiento sería exitoso. Sin embargo como las irregularidades administrativas, que fueron varias y graves, condujeron a la pérdida de una oportunidad de chance para la recuperación del paciente.

Por lo tanto se modificará la condena impuesta al demandado; se reducirá al 60% de lo fijado por el a quo. Así: 600 gramos oro para María Isabel Montoya; y 300 gramos oro para cada una de las siguientes personas: Daniel Ramírez Carmona, a María Consuelo, Amparo, José Walter, Martha Lucía, María Isabel, Rosalba Carmona Montoya.(Consejo de Estado, 2000)

En mérito de lo expuesto, es claro que la Consejera Ponente aplica el criterio de equidad que guía el arbitrio judicial como premisa de reparación, ante la ausencia de un criterio técnico y científico. Fundando su decisión en las circunstancias fácticas que rodearon el deceso del paciente, y las deficiencias e irregularidades administrativas en que incurrió el personal médico, las cuales consideró determinantes para el acaecimiento del daño, en consecuencia, determinó el porcentaje de oportunidades perdidas, sin que mediara criterio o elucubración adicional.

Esta posición se aparta del criterio de pérdida de oportunidad como daño autónomo, en cuanto la indemnización se da a partir de las tipologías tradicionales reducidas en el porcentaje de oportunidades cercenadas, el cual se deberá establecer en el proceso mediante criterio científico, técnico y/o estadístico, y ante la ausencia del último, se aplicará el arbitrio judicial.

Posteriormente, el Consejo de Estado en, en estudio de expediente donde una paciente afiliada a Cajanal, quien fuese atendida en la Clínica Manizales SA por enfermedad coronaria, desde el año 1998, se evidenció que el 14 de agosto de 1999 ingresó a dicha IPS presentando como síntomas mareo, desvanecimiento y pérdida del conocimiento diagnosticando el médico en primera oportunidad síndrome vertiginoso y remitió a su domicilio. El mismo día acude a la ESE Hospital de Caldas la paciente donde diagnostican paro cardiorrespiratorio, KILLIP IV ingresada a la Unidad de cuidados intensivos y presentando grave deterioro que conllevó a su deceso el 16 de agosto de 1999(Consejo de Estado, 2017).

Adentrándose en la forma de reparar en el caso concreto, el Consejero analizó la inexistencia de parámetros consolidados en la liquidación del daño de pérdida de la oportunidad, conllevando a la ausencia de igualdad, seguridad jurídica, desconocimiento del principio de reparación integral y enriquecimiento sin causa, considerando la necesidad de establecer un baremo que fije los criterios de reparar en materia de pérdida de la oportunidad.

Estableció el Ponente, los criterios para reparar la pérdida de la oportunidad: I. la indemnización es relativa al desvanecimiento de las oportunidades de sobrevivir o mejorar la salud del paciente, en ningún caso, el perjuicio final. II. Necesidad de establecer en términos porcentuales inferior a 100 y superior a 0 de las probabilidades de sobrevivir o mejorar sus condiciones de salud. III. Proscribe indemnizar la pérdida de la oportunidad como perjuicio autónomo, considerando procedente resarcir los perjuicios tradicionales materiales e inmateriales conforme al porcentaje establecida en el ítem i. IV. La reparación del perjuicio depende exclusivamente de la prueba allegada al proceso, y no de la inferencia que se extrae del nexo causal entre la falla y el daño. V. Indicó que para determinar el porcentaje de probabilidad de la expectativa legítima truncada se toma la regla general que comprende que se determina el porcentaje a partir de los medios obrantes en el proceso con fundamento en criterio científico y técnico, a su vez emite una subregla indicando que la judicatura ante la ausencia de dichos criterios o imposibilidad de determinar, establecerá en un 50% como se realiza en otros ordenamiento jurídicos (Tribunal Supremo Español, 2011)

Anotando como regla excepcional con dos vertientes, la primera que se condene en abstracto y se practique la cuantificación por medio de trámite incidental y la segunda con los criterios de reparación integral de equidad, dejando claro que deberá indemnizarse bajo la tipología de perjuicios convencionales.

Visto los anteriores criterios, el Despacho procede a aplicarlos al caso en concreto determinando lo siguiente:

De acuerdo con los anteriores parámetros, en el caso concreto no hay fundamentos científicos y técnicos que permitan cuantificar el porcentaje de probabilidad que tenía la paciente de escapar del evento fatal, es decir, hay certeza sobre la pérdida de oportunidad de sobrevida -comprobación de los elementos de la pérdida de oportunidad-, pero no acerca de la cuantía del perjuicio -falta de certeza cuantitativa-; no obstante, la Sala considera que sería inequitativo e injusto que no se profiriera condena a favor de los demandantes a sabiendas que está probado el daño.

26.2. En ese orden, la equidad como fundamento para cuantificar el perjuicio por la pérdida de oportunidad de sobrevida que sufrió la señora Campiño, debe, sin duda, contar con elementos objetivos que sustenten la condena, puesto que lo equitativo no debe ser confundido con lo arbitrario. En este caso, tales elementos objetivos existen en el presente proceso y están representados en la certeza que tiene la Sala, según lo dicho claramente por la experticia científica, acerca de que si el acto médico se hubiera prestado con integralidad, se habría brindado opciones terapéuticas mejores a la señora Campiño que habrían disminuido la contingencia de complicaciones letales y reducido la incertidumbre entre lo que hizo el galeno de la Clínica de Manizales y lo que debió hacerse en el servicio de urgencias, de conformidad con la lex artis.

**26.3. Así las cosas, la Sala concluye que la expectativa de sobrevida que tenía la señora Campiño de escapar al evento fatal de muerte estaba cifrada alrededor de un 50% de posibilidades, índice que se aplicará a la liquidación de los perjuicios de orden material e inmaterial.**

27.5.3. Así las cosas, el monto a reconocer a cada uno de los demandantes será el siguiente:

Nivel	Demandante	SMLMV
Nivel 1	Catalina Valencia Campiño	50 SMLMV
Nivel 1	Juliana Valencia Campiño	50 SMLMV
Nivel 5	Ángela María Gutiérrez Campiño	25 SMLMV

## 28. Perjuicios materiales

28.3. Renta: en el proceso se demostró que la señora María Sened Campiño Agudelo contribuía económicamente al hogar en razón de su trabajo en el servicio doméstico. Sin embargo, por no encontrarse acreditado el monto de sus ingresos, se tomará en cuenta para la liquidación del lucro cesante el valor de un salario mínimo legal mensual vigente, es decir \$737.717 pesos m/cte, suma que se incrementará en un 25%, por concepto de prestaciones sociales, para un monto total de 922.147 pesos m/cte. De este último valor se deduce el 25%, que se presume para la propia subsistencia de la víctima (\$691.610). Finalmente, de esta renta base para la liquidación del perjuicio padecido por las dos hijas menores de la víctima se sustraerá el 50%, por ser la fracción correspondiente a la probabilidad de sobrevivida despojada, cuyo resultado es \$345.805. Este valor será dividido en partes iguales para cada una de las hijas, es decir, \$172.903 pesos m/cte.(Consejo de Estado, 2017)

Por su parte, en sentencia del 3 de agosto de 2017, la C.P Stella Conto Díaz del castillo, trató el proceso relativo al fallecimiento del señor Elkin Darío Gualdrón Palacios, quien, ante la presencia de dolor en el pecho y el brazo izquierdo, se ordenó su traslado al hospital de mayor nivel sin que se dispusiera de ambulancia. En el trayecto perdió la vida, por causa de un infarto cardiaco

Para definir el asunto la Consejera Ponente reitera las conclusiones emitidas en la sentencia de RAMIRO PAZOS GUERRERO, con respecto a la pérdida de la oportunidad, determinando en el caso en concreto la aplicación de la regla establecida con respecto a la identificación del porcentaje en los siguientes términos:

Así, entonces, se reiterará por la Sala la sentencia del 5 de abril de 2017 , por la que se fijaron los criterios de determinación de la pérdida de oportunidad, para en este caso aplicar lo previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y determinar este porcentaje con base en criterios de equidad, comoquiera que en este caso no se cuenta con un dictamen que dé cuenta de las condiciones particulares del paciente, no obstante, se tiene que en tanto el infarto no fue fulminante y al paciente se lo pudo estabilizar, tenía probabilidades de existir. En consecuencia, se calcula esta pérdida de oportunidad en un 50%.(Consejo de Estado, 2017)

Ahora bien, frente a la liquidación de perjuicios enerva las mismas conclusiones del precedente jurisprudencial, en el sentido de establecer que las categorías indemnizables son los perjuicios tradicionales disminuidos de manera proporcional al porcentaje de oportunidades perdidas, los cuales se estimaron así:

Perjuicios morales:

GRAFICO No. 1					
REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Regla general en el caso de muerte	Relaciones afectivas conyugales y paternofiliales	Relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

Pues bien, de acuerdo con los lazos familiares probados con relación a la víctima directa, se tiene que la indemnización de perjuicios a favor de los demandantes se hará de la siguiente manera, teniendo en cuenta la disminución hecha en párrafos precedentes:

- Liliana Puentes Vega (cónyuge) 50 smlmv
- Elkin Schneider Gualdrón Vega (hijo) 50 smlmv
- Laura Fernanda Gualdrón Vega (hija) 50 smlmv
- Elsa Palacios (madre) 50 smlmv
- Hugo Antonio Gualdrón (padre) 50 smlmv
- Sergio Eduardo Gualdrón Palacios (hermano) 25 smlmv
- Carlos Alberto Gualdrón Palacios (hermano) 25 smlmv
- Hugo Alejandro Gualdrón Palacios (hermano) 25 smlmv
- Ivette Teresa Gualdrón Palacios (hermana) 25 smlmv

Perjuicios materiales:

En total, por concepto de lucro cesante, se tiene:

**Elkin ScheniderGualdrón Puentes:**  $\$74'534.403,68 \times 50\% = \$37'267.201,84$

**Laura Fernanda Gualdrón Puentes:**  $\$92'837.545,16 \times 50\% = \$46'418.772,58$

**Liliana Puentes Vega:**  $\$239'826.345,56 \times 50\% = \$119'913.172,78$

(Consejo de Estado, 2017)

Finalmente, se analiza la sentencia del Consejo de Estado por las afecciones médicas padecidas por la señora Yolanda Cárdenas Chaparro, a quien inicialmente se le recomendó la utilización de medicamento Naproxeno. Ante la ausencia de mejoría, y nueva revisión médica se

sospechó de una leucemia aguda, y se prescribió un tratamiento urgente, al cual no tuvo acceso, falleciendo ante el rápido empeoramiento(2017, pág. 33).

Frente a la indemnización de perjuicios declarados en la sentencia, y la forma empleada, es menester señalar que el Consejero se adhiere íntegramente al precedente sólido que generó la línea de pensamiento de la proporción de pérdida dentro de los perjuicios tradicionales que lideró el Consejero Ramiro Pazos Guerrero, determinando como requisito sine qua non en casos de pérdida de oportunidad hallar el porcentaje en que a la víctima directa se le restó posibilidades de sobrevida o recuperación, con el fin de poder establecer de manera cierta la verdadera oportunidad perdida y no llegar a indemnizar el resultado final, el cual no puede atribuirse u obligarse a indemnizar a los demandados. Así lo expresó el Consejero:

En el caso concreto, en la demanda se pidió la indemnización surgida por la muerte de la señora Yolanda Cárdenas Chaparro. No obstante, según se precisó párrafos más arriba, en el presente caso sólo se acreditó la pérdida de una oportunidad de sobrevida y, si bien en el dictamen pericial elaborado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses se dice que una enfermedad como la padecida por la familiar de los demandantes tiene un porcentaje de sobrevivencia de entre el 25% y el 26% , lo cierto es que no se conoce en el caso concreto cuál sería el real porcentaje de sobrevivencia de la hoy difunta, si se le hubiera brindado una óptima atención hospitalaria. Por tal motivo, en aplicación de la jurisprudencia arriba transcrita, la Sala efectuará la liquidación de perjuicios con base en una pérdida de oportunidad del cincuenta por ciento (50%).

Ahora bien, los peticionarios en reparación solicitaron el reconocimiento de los perjuicios materiales por lucro cesante, y los inmateriales por daño moral y fisiológico, de los cuales sólo resultaron probados los dos primeros –lucro cesante y daño moral– según

lo expuesto antes en el presente pronunciamiento. De tal forma, procederá la Sala a la liquidación de los mismos como si se tratara de una indemnización por la muerte de la señora Yolanda Cárdenas Chaparro y, acto seguido, procederá a aplicar a los correspondientes rubros el porcentaje del 50%, que es la porción de la pérdida de oportunidad que será reparada como daño autónomo.(Consejo de Estado, 2017)

Y frente a la cuantificación, fue practicada así:

13.2. En ese orden de ideas, a favor de cada uno de los demandantes Ismaelda Chaparro Silva (madre de la fallecida), Eduardo Cárdenas (padre), José Javier Rodríguez Joya (compañero permanente), Dayro Ferney Rodríguez Cárdenas (hijo), Mayra Alexandra Rodríguez Cárdenas (hija) y Leider Javier Rodríguez Cárdenas (hijo) –párr. 8.1, hechos probados–, se reconocería la suma de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la ejecutoria del presente fallo, por concepto de indemnización de perjuicios por daño moral por la muerte de la señora Yolanda Cárdenas Chaparro. No obstante, comoquiera que en el presente caso la indemnización se reconocerá por la pérdida de oportunidad de sobrevivida, estimada en el 50% de probabilidades, entonces la indemnización por este menoscabo será de sólo cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la firmeza de la presente sentencia, para cada uno de los aludidos accionantes.

14. Al revisar la **indemnización de perjuicios por lucro cesante (en clave de pérdida de oportunidad en un porcentaje del 50%)**, se percata la Sala de que, tal como se reseñó en los hechos probados –párr. 8.8–, en el litigio se acreditó que la fallecida Yolanda Cárdenas Chaparro le prestaba ayuda económica a los demandantes Ismaelda Chaparro Silva (nacida el 22 de septiembre de 1958), José Javier Rodríguez Joya (nacido

el 14 de junio de 1978), Leider Javier Rodríguez Cárdenas (nacido el 11 de diciembre de 2002), Mayra Alexandra Rodríguez Cárdenas (nacida el 24 de marzo de 1994) y Dayro Ferney Rodríguez Cárdenas (nacido el 24 de noviembre de 1997).(Consejo de Estado, 2017)

De este grupo de sentencias analizadas se evidencia que el Ramiro Pazos Guerrero, en la sentencia del 5 de abril de 2017, lidera una posición que comienza a adoptar la forma idónea de reparar el perjuicio de pérdida de la oportunidad, pues exige la presencia de prueba científica, técnica y/o estadística, y como última opción la equidad, centrandó su intención endescartar las oportunidades superfluas o eventuales, así como el resultado final, para finalmente indemnizar la real oportunidad perdida de sobrevida o recuperación que sufrió la víctima. Tesis que ha sido sólidamente respaldada y que corresponde al mayor número de sentencias (27) proferidas por el órgano de cierre en jurisdicción contencioso administrativo desde 1999 a la fecha, representando el 50% sobre el total de las promulgadas con respecto a la pérdida de la oportunidad en la atención médica del Estado.

Hasta este punto, se ha tratado las diversas formas de reparar el perjuicio de pérdida de la oportunidad en el servicio médico asistencial que ha empleado el supremo tribunal contencioso-administrativo en Colombia, con el fin de resarcir las consecuencias materiales e inmateriales derivadas del cercenamiento de la oportunidad o expectativa legítima de los usuarios del servicio médico asistencial en Colombia, quienes demandan la recuperación de salud. Del análisis de los precedentes se colige la ausencia de criterio unificado que imponga la obligación a los demás operadores judiciales de aplicación uniforme, y que propenda por los principios de igualdad, seguridad y certeza jurídica. En consecuencia, el presente estudio concluirá la forma adecuada de

reparación integral y unificada del perjuicio de pérdida de la oportunidad en el servicio médico asistencial, partiendo de los precedentes estudiados.

En conclusión, del amplio rastreo de la jurisprudencia del H. Consejo de Estado desde el año 1999 a la fecha, se han encontrado tres posiciones sólidas y constantes, que coinciden con la Subsección a la que pertenece, esto es, i. Aplicación del concepto pérdida de la oportunidad como nexo causal e indemnización bajo las tipologías de perjuicios tradicionales de la jurisprudencia contencioso administrativa, precedente de la Subsección C, que ha emitido 5 sentencias liderada por el Consejero Enrique Gil Botero; ii. Pérdida de la oportunidad como daño y perjuicio autónomo, tesis de la Subsección A, que ha proferido 22 sentencias, con génesis en las providencias del Consejero Mauricio Fajardo Gómez, posición replicada por sus homólogos Hernán Andrade Rincón, Carlos Alberto Zambrano Barrera, Marta Nubia Velásquez Rico, entre otros; y por último, iii. Reparación proporcional al porcentaje de posibilidad perdida bajo las tipologías tradicionales, sustentada por la Subsección B, que actualmente se han pronunciado en 27 fallos, incluyendo sentencia de unificación con ponencia del Consejero Ramiro Pazos Guerrero, posición reiterada por los Consejeros Danilo Rojas Betancourth, Stella Conto Díaz del Castillo, entre otros.

En desarrollo de las categorías expuestas, se puede determinar que encuentran su fundamento en elementos diametralmente diferentes; la primera, adoptada por la subsección C del Consejo de Estado, se cimenta en la determinación de la causalidad en casos donde no existe posibilidad de realizar un juicio integral de atribución, por lo que, se presenta como elemento orientado a aliviar las cargas probatorias que permitan establecer la imputación fáctica del cercenamiento de las oportunidades que fueron

negadas a los pacientes de sobrevivir o recuperar su salud, y su reparación se da bajo la tipología de perjuicios tradicionales.

La segunda categoría atañe a la determinación de la existencia de un daño autónomo que se orienta a establecer el número de oportunidades perdidas del paciente como consecuencia de la deficiente asistencia médica, el cual, debe ser reparado en concordancia con el principio de equidad ante la ausencia de certeza del perjuicio, y en expresión matemática homóloga al perjuicio moral, bajo la categoría de pérdida de la oportunidad, toda vez que en las providencias de la subsección A, se plasma un gran interés en diferenciar las oportunidades perdidas del reconocimiento del daño final, excluyendo las tipologías de perjuicios tradicionales.

La tercera categoría, se ha desarrollado y consolidado en el seno de la Subsección B, en la cual no se determina una posición tajante frente al elemento que atañe la pérdida de la oportunidad, pues se estudia desde la perspectiva de la imputación y el daño, pero, en todo caso, la mayor innovación se centra en la precisión de los elementos de la pérdida de la oportunidad, consistentes en: “i) Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar; ii) Certeza de la existencia de una oportunidad; iii) Certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima” (Consejo de Estado, 2017).

Además, la exigencia como requisito para su reparación experticia científica y técnica de la cual se desprenda el porcentaje de posibilidades reales de sobrevida o de curación, con el fin de aliviar el daño aleatorio o eventual; y en ausencia de dicha prueba y acreditación del daño, se

acudirá en forma excepcional al principio de equidad; reconociendo dicho porcentaje dentro de las categorías tradicionales de perjuicios reconocidos por la jurisprudencia.

### **Capítulo 3: Tratamiento doctrinario de la reparación de la pérdida de la oportunidad en la prestación del servicio médico asistencial del Estado**

#### **Aproximación a la doctrina estadounidense**

En Estados Unidos, la figura jurídica de “Pérdida de la oportunidad” llamada por los norteamericanos “Doctrina de la pérdida de la oportunidad”, se considera que ha sido creada en parte para compensar a los pacientes que han perdido o disminuido su probabilidad de vida por la negligencia médica, pues “La sociedad le da valor a la vida, y la pérdida de oportunidad refleja ese valor social. Aun así, las reglas legales deben ser justas para todas las partes y proporcionar pautas comprensibles y predecibles”(Bal & Lawrence H, 2014, pág. 472), pues se estima que “las reglas legales también pueden reflejar valores sociales que cambian y evolucionan a través del tiempo”.

En consecuencia su creación jurisprudencial obedece a que se considera que el modelo tradicional de negligencia no da lugar a una responsabilidad médica en los pacientes donde las condiciones de salud son desfavorables, como por ejemplo cuando se padece una enfermedad terminal, en estos casos el daño infligido como la muerte es incierto, pues el diagnóstico es letal en cualquier caso y no habría lugar a declarar la responsabilidad médica por la muerte en caso de la negligencia en la prestación del servicio médico. Pero como la sociedad valora la vida, los defensores de la pérdida de la oportunidad consideran que se debe reconocer una indemnización

“*si se logra demostrar un cambio probabilístico en las probabilidades de supervivencia*” (Bal & Lawrence H, 2014, pág. 472).

Sin embargo, lograr hacer jurídicos estos valores sociales no es fácil, pues la “pérdida de la oportunidad” en materia de responsabilidad médica “*pueda alentar juicios basados en cálculos de especulación y probabilidad, cuando los demandantes afirman que los métodos de tratamiento alternativos podrían haber conducido a un mejor resultado.*”, por tal razón esta figura ha sido adoptada de forma desigual entre las Jurisdicciones Estatales cuando se aborda el dilema planteado en tales situaciones, teniendo en cuenta que no hay una solución uniforme para objetivizar su tratamiento.(Bal & Lawrence H, 2014, pág. 472).

Estima Frasca que en un caso típico de negligencia médica antes de fijar la indemnización de los perjuicios derivados de la pérdida de la oportunidad se deben analizar varios requisitos que deben ser concomitantes para hablar de una oportunidad perdida: 1) El deber de cuidado especial a cargo del demandado; 2) La violación a esta obligación; 3) El demandado sufrió un daño cierto, una probabilidad posible y razonable perdida 4) La violación fue la causa legal del daño. Considerando que si cualquiera de estas condiciones es deficiente, el demandado no es responsable.(Frasca, 2009, págs. 87-100)

Actualmente se han identificado por un sector de la doctrina norteamericana, tres enfoques diferentes a la pérdida de oportunidad los cuales tienen injerencia en la forma que ordenen los tribunales a reparar los perjuicios derivados de este daño(Wurdeman, 2014):

**El enfoque tradicional del “todo o nada”:** Este enfoque niega el reconocimiento de la pérdida de la oportunidad porque va en contra de uno de los elementos de la responsabilidad cual es la causalidad o nexo causal, por ejemplo, un paciente al que se le

diagnostica erróneamente un cáncer y el paciente muere más tarde, es casi imposible tener la certeza que el paciente hubiera sobrevivido con un diagnóstico oportuno, en este caso no se podría afirmar nunca que la causa de la muerte fue la negligencia médica(Wurdeman, 2014), a menos que se logre demostrar en el juicio que esa negligencia le privó más del 51% de supervivencia, que en este caso no se trata de un reconocimiento a la pérdida de la oportunidad sino que se le otorga el reconocimiento pleno por el daño bajo la “preponderancia de la evidencia”, que es el estándar de prueba exigida en los tribunales norteamericanos donde la evidencia debe demostrar una probabilidad de más del 50% de ocurrencia de un hecho para que tenga vocación probatoria, de acuerdo a la teoría de la causalidad probabilística<sup>45</sup>(Leubsdorf, 2016, págs. 1570-1617).

Según Frasca, los estándares causa próxima tradicionales requieren que como mínimo el juzgador tenga una evidencia de que el resultado era más probable que no, haber sido causado por la presunta negligencia médica, incluso confluendo otras causas que incidieran en las consecuencias y si se concluye que había más de un 50% de probabilidades de recuperación sin la negligencia médica, se imputa el resultado final a tal negligencia por ser la causa más próxima al resultado, por lo tanto se parte de suponer que el resultado final era la sobrevida o recuperación definitiva sin tener en cuenta las condiciones negativas preexistentes del paciente y se explica con la siguiente fórmula:(Frasca, 2009, págs. 87-100)

---

<sup>45</sup>Según la teoría de la causalidad probabilística y de acuerdo a la preponderancia de la evidencia exigida en los casos civiles en el sistema anglosajón, para que un hecho sea determinado como probado, debe determinarse que tiene más probabilidad de ocurrir que otro.

*Si  $P_b > 0.5$ , entonces  $D=L$*

*Si  $P_b < 0.5$ , entonces  $D=0$*

*Donde*

*D= Daños y perjuicios*

*$P_b$ = a priori probabilidad de recuperación con el tratamiento médico no negligente*

*L= Pérdida en ausencia de una recuperación completa.*

Hay 20 de los 53 Estados<sup>6</sup> en que sus Cortes toman este enfoque, el cual consideramos una negación a la autonomía del daño de la pérdida de oportunidad de forma tácita, pues realmente se ordena la indemnización plena por el daño final cuando se prueba que la negligencia médica tuvo incidencia en más del 50% del daño final que es la muerte o lesión.

Ilustra este enfoque, la sentencia proferida por la Corte Suprema de Ohio en 1971 en el caso “*Cooper versus Sisters of Charity of Cincinnati*”, allí se consideró:

Los menores estándares de prueba son comprensiblemente atractivos en casos de negligencia médica donde el bienestar físico y la vida misma son objeto de litigio. El fuerte sentido intuitivo de la humanidad tiende a dirigirnos emocionalmente hacia la conclusión de que en una acción por muerte injusta se debe compensar a una persona lesionada por la pérdida de cualquier posibilidad de supervivencia, independientemente de su lejanía. Sin embargo, tenemos temor de que tal regla sea tan floja que produzca más injusticia que justicia. A pesar de que existe autoridad para una regla que permite la

---

<sup>6</sup>California, Alabama, Alaska, Connecticut, Florida, Idaho, Kentucky, Maryland, Michigan, Minnesota, Mississippi, Nebraska, North Carolina, New Hampshire, Oregon, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Texas and Vermont.

recuperación basada en la prueba de la causalidad por evidencia que no cumple con el estándar de probabilidad, no estamos persuadidos por su lógica.

Consideramos que la mejor regla es que para cumplir con el estándar de la prueba de causa próxima, el demandante en un caso de negligencia médica debe probar que la negligencia del acusado, en la probabilidad, causó la muerte próximamente.”(Cooper V. Sisters of Charity, 1971) Argumento que se mantuvo en Ohio en 1994(United States V. Cumberbatch, 1994) y aún persiste.

Consideramos que este enfoque compagina con el análisis económico del derecho, que estima más eficaz negar la pérdida de la oportunidad como daño autónomo porque “conduce a un índice esperado de error muy inferior al que comporta la doctrina de la pérdida de oportunidad, en que el porcentaje de error asciende al 100% de los casos resueltos”, así se expuso por parte de la doctrina española(Luna Yerga, 2005, págs. 185-188)cuando se trajo a colación el análisis estadístico frente a la pérdida de la oportunidad que para el efecto trajeron Jhonson y Gunn en su obra “Studies in American TortLaw”(Jhonson, 1999, pág. 167)con ocasión del caso de la Corte de apelaciones de Maryland (Fennell v. Southern Maryland Hospital, 1990):

Imaginemos un grupo de 99 enfermos de cáncer y que cada uno de ellos tiene una esperanza de supervivencia del 33%. Imaginemos también que todos ellos recibieron un tratamiento médico negligente y que los 99 pacientes murieron. Conforme al estándar tradicional de prueba del CommonLaw–lo mismo sucedería bajo el estándar de prueba de los países del Civil Law- se hubiera negado una indemnización en los 99 casos, pues cada paciente tenía menos de un 50% de posibilidades de sobrevivir. Estadísticamente, por tanto, si los 99 hubieran recibido el tratamiento adecuado, 33 se habrían salvado y 66 habrían fallecido, de tal modo que la regla tradicional habría producido 33 errores

denegando una compensación en los 99 casos(Jhonson, 2005) (Luna Yerga, 2005, págs. 185-188)

De tal suerte que el reconocimiento de la pérdida de la oportunidad, según esta teoría aparte de traer dificultades al momento de determinar la tasación de perjuicios derivados de este daño, puede generar una ineficiencia del sistema judicial en términos económicos para los Estados, lo que sustenta la renuencia a su reconocimiento.

Al respecto las legislaturas Estatales de Michigan y Dakota del Sur aprobaron leyes mediante las cuales se prohíbe el reconocimiento de “Pérdida de pérdida de la oportunidad de sobrevivir o una oportunidad de lograr un mejor resultado a menos que la oportunidad fuera mayor del 50%”. Dichas prohibiciones legales fueron una reacción a los fallos judiciales de los Tribunales Superiores de esos Estados(2002) en los que se había acogido el enfoque proporcional de la pérdida de la oportunidad, por lo que en dichos Estados se regula legalmente esos casos, adoptando positivamente el enfoque tradicional del “Todo o Nada”.(Wurdeman, 2014)

**El enfoque del “factor sustancial”:** También es conocido como el “Enfoque de la causalidad relajada” y ubica la pérdida de la oportunidad como “una excepción a los estándares tradicionales de causalidad”, allí se le da la libertad al jurado de determinar si la *“oportunidad perdida es un factor sustancial para lograr el daño”*(Wurdeman, 2014), seis Estados se adhieren a esta teoría como Kansas(Delaney v. Cade, 1994), Oklahoma(McKellips v. Saint Francis Hospital, 1987), Colorado(Sharp v. Kaiser Foundation Health Plan, 1985), Dakota del Norte (VanVleet v. Pfeifle, 1980), Pensilvania(Hamil v. Bashline, 1978) y Washington, este último se mueve entre el enfoque sustancial y el proporcional(Wurdeman, 2014).

La Corte suprema de Kansas consideró:

Teniendo en cuenta los diversos enfoques adoptados por los tribunales, somos de la opinión de que el punto medio o el denominado enfoque relajado de la norma de prueba es la mejor regla. En una acción para recuperar por la pérdida de una oportunidad de sobrevivir o por la pérdida de una oportunidad para una mejor recuperación, el demandante primero debe probar los elementos tradicionales de una acción de negligencia médica por una preponderancia de la evidencia. El demandante debe probar que el demandado fue negligente al tratar al paciente, que la negligencia causó daño al demandante, y que como resultado el demandante sufrió daños y perjuicios. Al probar que el demandante sufrió daños, el demandante debe demostrar que la posibilidad perdida de supervivencia o la posibilidad perdida de una mejor recuperación cuando el demandante sobreviva fue una pérdida sustancial de la oportunidad. No adoptamos el enfoque de pérdida de oportunidad ni intentamos establecer una regla de línea brillante sobre el porcentaje de posibilidades perdidas que sería suficiente para que el caso.(Delaney v. Cade, 1994)

Por su parte la de Oklahoma justificó la teoría de la causalidad relajada, por lo irreal que resulta determinar qué hubiese sucedido si no se hubiese dado la negligencia a partir de un concepto médico:

No intentamos socavar el estándar bien establecido de 'grado razonable de certeza médica' como la norma aceptada para las opiniones médicas sobre la causalidad. Pero creemos que sería irrazonable y poco realista en este tipo de casos esperar un concepto médico para indicar con un "grado razonable de certeza médica" lo que podría haber sucedido. (McKellips v. Saint Francis Hospital, 1987)

Razones que dan lugar a definir este tipo de casos a arbitrio del jurado o del juez, pues según el tribunal de Colorado:

Si la evidencia de un demandante permite determinar que la negligencia del demandado incrementó el riesgo de daño o privó al demandante de alguna posibilidad significativa de evitar un daño mayor, se deja al jurado decidir si existe una probabilidad de que la negligencia de los demandados fuera de hecho una causa de esa pérdida. (Sharp v. Kaiser Foundation Health Plan, 1985)

En este enfoque la conducta negligente del demandado debe tener un efecto sustancial en la producción del daño, siendo necesario probar que la negligencia fue sustancial. Sin embargo es difícil determinar cuándo se está hablando de una oportunidad sustancial, pues no existen criterios razonables para determinarla, considerando que los jueces deberán tener una cuantificación del factor sustancial para determinar de forma objetiva su valor.

Este enfoque se explica con la siguiente fórmula (Frasca, 2009, págs. 87-100):

*Si  $Pb > X$ , entonces  $D=L$*

*Si  $Pb < X$  entonces  $D=0$*

*$D=$  Daños y perjuicios*

*$Pb=$  a priori probabilidad de recuperación con el tratamiento médico no negligente*

*$L=$  Pérdida en ausencia de una recuperación completa.*

**X** =Factor numérico determinado por la ley o los jueces para estimar cuándo la oportunidad es sustancial.

Una vez establecido el factor numérico, la determinación de si hay lugar a reconocer perjuicios por pérdida de oportunidad se hace restándole a la probabilidad de recuperación sin la acción negligente, la probabilidad de la recuperación después de la acción negligente y este resultado se divide por la probabilidad de recuperación sin la acción negligente. Lo que se expresa a través de la siguiente fórmula:

$$(Pb-Pa) (1-Pa)$$

Si el resultado arrojado, supera el factor numérico determinado por la ley o los jueces, se condena al pago de perjuicios por pérdida de oportunidad, pues la negligencia es considerada como un factor sustancial en la producción del resultado final y se le imputa la totalidad de la producción del daño, es decir que se estiman los perjuicios cómo si la negligencia hubiese causado la muerte o lesión. Obsérvese que la prueba del factor sustancial depende de la probabilidad preexistente del paciente en su recuperación, es decir, siempre tiene en cuenta si la probabilidad de recuperación es total o si ha sido disminuida por circunstancias desfavorables. Por ejemplo, en West Virginia existe una ley promulgada en 2003, que contiene la regulación de prueba del factor sustancial y determina numéricamente este factor en 25% (Frasca, 2009, págs. 87-100):

Pese a proponer una fórmula que trata de determinar objetivamente cuándo una probabilidad se considera sustancial, esto no logra establecer un estándar objetivo y razonable, considerando que este enfoque desborda los fundamentos de la responsabilidad extracontractual por daños, corriendo el peligro de abrir la puerta para dar lugar a indemnizaciones de daños sin un mínimo de prueba de imputación, dejando al arbitrio de los jueces y los jurados la reparación de los daños sin un referente objetivo que pueda dar lugar a fallos heterogéneos e inequitativos lo

que trae como consecuencia que la reparación de los perjuicios derivados de la pérdida de la oportunidad sea toda a arbitrio judice.

**El enfoque proporcional:** Este enfoque ubica la “Pérdida de oportunidad” en el campo del daño, es entonces la oportunidad perdida el daño y no el resultado final del paciente, siendo necesario probarse la negligencia médica y que dicha negligencia causó la pérdida de la oportunidad. Por ejemplo, cuando se causa una 20% de la reducción de las posibilidades de sobrevivir a un cáncer y la persona muere, la condena de perjuicios resarcibles se deberá tasar por un 20% de los solicitados por el resultado final que es la muerte. 22. Estados acogen este enfoque<sup>7</sup>,(Wurdeman, 2014)

Hay quienes critican este enfoque, por reconocerle autonomía al daño “pérdida de oportunidad” y no ubicarlo de una vez en la sede de imputación, pues afirman que al momento de valorarla necesariamente se debe vincular con el nexo de causalidad exponiendo que: “si la noción de pérdida de oportunidad se vincula con el perjuicio, entonces se vuelve inseparable de la condición del nexo de causalidad, pues la relación de causalidad entre el acto u omisión médico-sanitaria y el perjuicio hipotético en que consiste la oportunidad perdida será, asimismo, una causalidad hipotética, ya que participa de su misma aleatoriedad o virtualidad.”(Robertson, 1997, págs. 1765-1785)

Al respecto se considera que no es tan precisa esta crítica, pues si bien al momento de tasar los perjuicios se debe acudir a relacionar la negligencia con las probabilidades de sobrevida

---

<sup>7</sup> Arizona, Delaware, Colorado, Georgia, Hawai, Illinois, Indiana, Iowa, Louisiana, Massachusetts, Minnesota, Misuri, Montana, Nevada, New Jersey, Nuevo México, Nueva York, Ohio, Virginia, Virginia Occidental, Wisconsin y Wyoming.

o muerte perdida, esto no hace que se funda la pérdida en el nexo causal, pues la autonomía de dicho daño es identificable y determinable y no se trata de un perjuicio Hipotético.

Entre los Estados que acogen el enfoque proporcional, se encuentra la Corte de apelaciones de Minnessota, quien pasó de negar el reconocimiento de la pérdida de oportunidad a darle pleno valor; influenciando con su decisión de 2013 a otras cortes federales. Inicialmente esta Corte se había negado a reconocer esta doctrina pese a haber concebido la “pérdida de la oportunidad” como un daño en el caso legal de 1993 de Fabio v Bellomo (Fabio v. Bellomo, 1993).

En dicho caso se estudió la atención a una paciente llamada Dolores Fabio que acudió a un médico llamado James Bellomo por una masa palpable en el pecho, al revisarla dicho médico aseveraba que no había nada de qué preocuparse. La paciente fue vista varias veces durante los próximos 2 a 3 años por dicho médico. Luego cambió de médico tratante y se le diagnosticó cáncer de mama metastásico. Al revisar este caso, la Corte Suprema de Minnesota negó las pretensiones sosteniendo que el plazo de prescripción para una acción por negligencia médica había expirado, pese a ello consideró que la paciente aún tenía más del 50% de probabilidades de vivir y que no pudo recuperarse por la falla del médico para diagnosticarla y tratarla antes, sin embargo, la accionante no presentó suficiente prueba de ello.

20 años después en el año 2013 la corte de apelación de Minnessota le dio pleno reconocimiento a la doctrina de la “pérdida de la oportunidad” en el caso legal de Dickhoff v Green. Allí estudió el caso una niña que nació prematura y desde muy pequeña su madre le notó un bulto palpable en la nalga izquierda, pero los médicos que la revisaban aseveraban que era benigno sin darle relevancia en sus revisiones periódicas. Cuando la niña cumplió un año de

vida, le fue diagnosticado rhabdomiosarcoma metastásico<sup>8</sup>. Dentro del juicio se probó a través de expertos médicos, que la demora en el diagnóstico de la niña había reducido las probabilidades de supervivencia de la niña de un 60% a un 40%. (Dickhoff v. Green, 2013), en el fallo de este caso, la Corte de apelaciones de Minnesota, acogió la doctrina de la pérdida de la oportunidad definiéndola como:

una respuesta a un problema que es particularmente agudo en el contexto de la negligencia médica, especialmente en el caso de un médico que no proporciona un diagnóstico oportuno o el tratamiento de una enfermedad(...-) Hemos reconocido que en tal situación, la enfermedad en sí misma no fue causada por el médico, pero la demora del médico causó un daño que podría haberse evitado, Es ese el daño a la posibilidad de supervivencia que un demandante busca recuperar en un caso de pérdida de oportunidad.

El enfoque de "todo o nada" sobre la causalidad ha sido cuestionado porque socava los objetivos fundamentales del derecho extracontractual, incluida la indemnización a las víctimas por negligencia médica y la disuasión de la conducta insegura de los proveedores de servicios de salud.

Por el contrario, la doctrina de "pérdida de probabilidad" reconoce que un paciente valora sus posibilidades de recuperación o supervivencia y sufre una lesión real cuando la negligencia de un médico reduce esa posibilidad, independientemente de si la probabilidad de supervivencia del paciente era superior o inferior al 50 por ciento en el momento de la negligencia del médico."(Dickhoff v. Green, 2013).

---

Al respecto la Corte de Minnessota rechaza el razonamiento que ubica la pérdida de la oportunidad dentro del elemento de causalidad en la responsabilidad, considerando que “Debería estar fuera de toda discusión que una oportunidad de sobrevivir o lograr un resultado médico más favorable es algo valioso”.(Dickhoff v. Green, 2013)

Estimando que “los avances en la ciencia médica hacen que acoger esta doctrina sea viable”, considerando que debido a estos avances va a ser posible reconocer esta lesión que “siempre ha existido pero que ahora puede ser probada con un grado razonable de certeza, disponiendo de datos estadísticos más confiables para medir las probabilidades de supervivencia relacionadas con diversos tratamientos, lo que permite probar el grado de causalidad de la negligencia médica con la oportunidad perdida.”(Dickhoff v. Green, 2013) .

En este fallo se expuso una guía mínima para la medida de los perjuicios al acoger la doctrina de la pérdida de la oportunidad constante de dos pasos:

El primer paso consiste en medir la oportunidad perdida, definiendo que "los daños por pérdida de probabilidad se miden como 'el porcentaje de probabilidad de que la conducta del acusado disminuya la probabilidad de lograr un resultado más favorable" y su medición “necesariamente depende, hasta cierto punto, de la evidencia médica disponible”. Obsérvese cómo la Corte de Minnessota le da gran relevancia a la evidencia médica disponible, que es la que determinará el grado de oportunidad perdida, criterio que se comparte, pues para hallar una oportunidad medible como perjuicio, deberá acudirse a la probabilidad perdida que necesariamente debe determinarse por un criterio científico y objetivo, si se quiere tener una decisión sólida alejada de la especulación sin soporte.

El segundo paso es valorar la oportunidad perdida: “Bajo la regla de recuperación proporcional, los daños por la lesión o muerte del paciente se descuentan por el valor de la posibilidad de que la negligencia del médico haya destruido” y esta se halla “multiplicado el porcentaje de oportunidad perdida por la cantidad total de daños producidos por la muerte o lesión”.(Dickhoff v. Green, 2013) .En este paso correspondería al Juez, acudir a las matemáticas para determinar el valor económico de los perjuicios derivados de la pérdida de la oportunidad.

En el caso estudiado en esta sentencia la niña no había muerto, pero había reaparecido el cáncer y era muy probable su muerte según el experticio médico, considerando la Corte que la pérdida de oportunidad se medía por “el valor de la reducción de la esperanza de vida del demandante de su expectativa de vida anterior a la negligencia.”, la que se determinó de la prueba de los testigos técnicos que aseveraron que la falta de diagnóstico oportuno de la niña Jocelyn, disminuyó sus posibilidades de supervivencia del 20%, conclusión que emergió de analizar el cáncer de la niña y sus características particulares.

De acuerdo con esta prueba el Tribunal tomó la tasa de supervivencia determinada para este tipo de cáncer y valoró la pérdida en un 20% que de esta tasa daba 5 años y condenó por el 20% de los perjuicios morales solicitados. De igual forma se logró probar que la demora en el diagnóstico provocó que Jocelyn se sometiera a tratamientos médicos adicionales basados en la recurrencia de su cáncer que de otra manera no habría experimentado, condenando por el pago del valor que asumieron sus padres por dicho tratamiento.(Dickhoff v. Green, 2013) .

Dejando sentado dicho fallo, que lo que sí es definitivo en los casos de pérdida de la oportunidad, es que el demandante debe entrar con la tradicional preponderancia del estándar de evidencia, demostrando que la negligencia del médico redujo sustancialmente las posibilidades de recuperación o supervivencia del paciente, es decir que en ningún caso se releva de la prueba

al demandante como muchos otros tribunales han tratado de establecer, al decir que esta teoría habla de la relajación del nexo causal. Tampoco se trata de condenar cualquier negligencia, dicha negligencia debe ser determinante para cambiar el resultado y en consecuencia generar una real pérdida de oportunidad.(Dickhoff v. Green, 2013) .

El enfoque tasa los perjuicios multiplicando el porcentaje perdido por los perjuicios que se hubiesen causado con relación al resultado final.(Wurdeman, 2014)

$$\text{_____ \% x \$ _____} = \$ \text{_____}$$

Ejemplo: un paciente tiene el 40% de posibilidades de supervivencia y perdió un 20% de posibilidades como resultado de la negligencia, el cálculo se haría usando el siguiente método. El porcentaje posterior a la negligencia de un resultado favorable, es decir, 20% se resta del porcentaje de pre-negligencia de un resultado favorable, es decir, 40%. El porcentaje de probabilidad de pérdida es del 20%. Entonces, el jurado determinará la cantidad de recuperación por una muerte injusta. Si el jurado calculó este monto en \$ 1 millón, esta cantidad se multiplicará con el porcentaje de probabilidad perdida. La resultante la cantidad es \$ 200,000. Esto es lo que recuperará el demandante o sus herederos. (Fèrot, 2013, págs. 87-100)

**Principio de conjunción:** Este enfoque calcula los perjuicios teniendo en cuenta varios factores que inciden en el resultado final tales como la disminución de probabilidades de vida con las que venía el paciente antes de la negligencia médica, el margen de error del dictamen, con el fin de mitigar el valor de los daños.

Por ejemplo: asumir daños por muerte fueron valorados en \$ 100,000, la posibilidad de que el cáncer estuviera en otra etapa en el diagnóstico erróneo fue del 10% y la

probabilidad perdida como resultado por el diagnóstico erróneo fue del 40%. La ecuación sería  $0.10 \times 0.40 \times \$ 100,000 = \$ 4,000$

El principio de conjunción también puede ser utilizado por los acusados para mitigar daños y perjuicios. Por ejemplo, si la prueba sobre la cual el experto la basa opinión tiene un índice de error conocido del 10%, los demandados pueden solicitar al jurado que aplicar el principio de conjunción para tener en cuenta la tasa de error. Por lo tanto, sin la oportunidad perdida fue del 30% y la tasa de error conocida fue del 10%, lo haríamos multiplicar 30% por 90% (lo que representa la tasa de error del 10%) para llegar a una probabilidad pérdida total de 27., Algunas cortes han empleado este principio a la hora de tasar los perjuicios como la de Illinois(Bishop v. Tri County Radiologists Ltd., 1995). (Wurdeman, 2014)

Por su parte, cierto sector de la doctrina establece la siguiente fórmula para determinar los perjuicios derivados de la pérdida(Frasca, 2009, págs. 87-100)

**Si  $P_b > 0.5$ , entonces  $D=L$**

**Si  $P_b < 0$ . entonces  $D=P_b \times L$**

D= Daños y perjuicios

$P_b$ = a priori probabilidad de recuperación con el tratamiento médico no negligente

L= Pérdida en ausencia de una recuperación completa.

La fórmula se aplica cuando la probabilidad de supervivencia es menor o igual al 50%, pues si es superior al 50 los perjuicios se reconocen como si la negligencia fuera la causa del resultado final. Lo que ha sido criticado por la doctrina por considerar una

sobreestimación de la pérdida, pero decidir diferente va en contravía del estándar probatorio anglosajón en materia civil, donde la carga es de más de 50%, no del 100%.

Al respecto considera Frasca que antes de aplicar este y cualquier otro criterio para tasar los perjuicios derivados de la pérdida de la oportunidad, es necesario analizarse si el caso se encuadra en uno de los tres supuestos: 1) Cuando se suponga una recuperación completa; 2) Cuando hay una condición preexistente desfavorable del paciente para su recuperación o 3) Cuando la negligencia da lugar a un cambio incremental en la probabilidad de recuperación del paciente, considerando que. “Sólo la tercera estimación es similar a una estimación de los costos de oportunidad de daños y perjuicios.”(Frasca, 2009, págs. 1765-1785)

Por su parte, Wuderman considera necesario que se adopten ciertas medidas con el fin de tasar los perjuicios de una forma racional que logren cierto criterio de uniformidad respecto a la pérdida de la oportunidad en Estados Unidos y en especial, en el Estado de Washington:

1) Adoptar exclusivamente el enfoque proporcional Independientemente del Porcentaje Perdido: Pues con esto se evita sobreestimar la pérdida cuando el porcentaje es superior al 51% pero es menor al 100% y dar un enfoque único en la tasación de perjuicios logrando así uniformidad en los fallos.

2) Normas probatorias en caso de pérdida de la oportunidad deberían ser más estrictas. La carga de la prueba es de una preponderancia de la evidencia y la evidencia casi siempre requiere testimonio experto. El demandante tiene la carga para demostrar que el demandado incumplió ese deber al no cumplir con el estándar de cuidado que en los casos de pérdida de probabilidad típicamente implica un diagnóstico erróneo. Sin

embargo, un diagnóstico erróneo en sí mismo no es evidencia de negligencia. Esto debe ser probado a través de un experto.

En este sentido considera necesario que los jueces asuman su papel como guardianes para la admisión de testimonios técnicos que permitan determinar si hubo deber incumplido del médico con su negligencia, si esta negligencia generó una pérdida de oportunidad y cuanto fue el porcentaje de la misma, de lo contrario se estaría fallando con base en especulaciones.

3) Para calcular con precisión los daños, el máximo daño debe ocurrir

Esto garantiza que los demandados no sean responsables por un daño que nunca puede ocurrir, lo que resulta en una ganancia inesperada para el demandante. Además de exigir el resultado final negativo, los tribunales deben ser cuidadosos de no adjudicar los daños que se hubieran incurrido de todos modos como en el caso *Dickhoff v. Green* donde la niña aun seguía con vida y era inevitable que tuviera ese diagnóstico de cáncer pese a la negligencia de los médicos de diagnosticarlo tempranamente.

Concluye la doctrina que la pérdida de la Oportunidad, deja vacíos por la razón de que:

No hay respuestas fáciles para tratar de compensar justamente ciertos tipos de daños que surgen de la negligencia médica. Las normas legales y su aplicación a menudo requieren un equilibrio de intereses, y las decisiones judiciales pueden reflejar tensiones en los valores de la sociedad. La doctrina de la pérdida de oportunidad muestra que, en lugar de una interpretación estricta, o el cumplimiento obligatorio de las normas autorizadas, a veces la ley refleja un equilibrio imperfecto entre argumentos e intereses igualmente convincentes pero opuestos. Es valioso para el clínico comprender esta interacción entre

los valores sociales y la ley, para obtener una conciencia del entorno legal y facilitar una práctica clínica más segura y una mayor satisfacción profesional.(Bal & Lawrence H, 2014, pág. 472).

Tanto es así que tres Estados de Estados Unidos aún no han definido una posición clara frente a esta doctrina, y son llamados por los académicos como quienes defienden la *Pérdida de la oportunidad no resuelta: Los Estados de Oregon, Utah , Dakota del Norte y Rhode Island* están pendientes de abordar formalmente la pérdida de posibilidades, pues en casos donde les ha correspondido resolver si se da o no tal fenómeno jurídico, no han dado un criterio claro sobre su posición: En 2006, el tribunal Supremo de Oregon denegó las pretensiones porque el demandante no discutió la pérdida de oportunidad bajo el enfoque proporcional, pero expresamente no se pronunció sobre acoger o no dicha doctrina, sosteniendo que la pérdida de oportunidad es incompatible con el estatuto de muerte injusta de Oregón.(Joshi v. Providence, 2006)

Por su parte el Tribunal Supremo de Utah sostiene que la ausencia de prueba de daños reales es insuficiente para fundamentar una demanda de reparación o “*mantener una causa de acción*”, aunque explícitamente no ha adoptado acogida o rechazo de la doctrina en la pérdida de la oportunidad.(Seale V Gowans, 1996).

Finalmente, en Rhode Island, el Tribunal Supremo tampoco ha fijado postura clara frente a esta doctrina, en 2004 declaró que los hechos presentados en un caso donde cabía estudiar la doctrina de la pérdida de la oportunidad eran inadecuados y por lo tanto no merecían siquiera se analizados (Contois v. W. Warwick, 865 A.2d 1019, 1025 (RI 2004). Luego en 2008 tampoco se pronunció de fondo teniendo en cuenta que previamente no se encontró negligencia alguna del médico, siendo improcedente estudiar

la pérdida de la oportunidad *Madros v. Prescod*, 948 A.2d 304, 311 (RI 2008)(Wurdeman, 2014).

Lo que permite concluir que aún se mantienen posturas heterogéneas sobre la pérdida de la Oportunidad en Estados Unidos, pues los defensores de la “pérdida de oportunidad” consideran que esta figura puede mantener a los médicos atentos y evitar que el sistema médico escape de la responsabilidad por el tratamiento negligente de los pacientes que están comprometidos, ofreciendo imparcialidad a dichos pacientes, y a su vez mejora la calidad médica y disuade la conducta negligente. Mientras que sus oponentes argumentan que los cálculos de probabilidad definidos a menudo son difíciles en la toma de decisiones médicas, y resolver la incertidumbre contra un médico es igualmente injusto, y podría alentar el litigio.(Bal & Lawrence H, 2014, pág. 472).

Sus detractores han expuesto argumentos para sustentar el rechazo a dicha teoría como son:1) Que se trata de una lesión especulativa y por lo tanto no puede ser compensada. 2) Que no compagina con las nociones tradicionales de causalidad. 3) Su dificultad probatoria.4) La dificultad para evaluar los perjuicios.5) Que se crea una nueva causa de acción el área de la negligencia médica. Todo ello es considerado por sus defensores como una imposición de barreras que no son reales, Fèrot (2013) considera que pueden ser superadas a través de ciertas pautas:

1) Para identificar la certeza de la lesión, se requiere el uso de pruebas estadísticas, haciendo suposiciones acerca de los que hubiese sido de no mediar la negligencia médica. Cuando el demandante no puede probar que se hubiera sobrevivido con el tratamiento adecuado, se pueden utilizar estadísticas sobre la tasa de supervivencia de acuerdo a determinado diagnóstico.(Fèrot, 2013, págs. 591-624)

2) Para reconciliar la teoría con las nociones tradicionales de causalidad se requiere la aplicación de la regla de la lógica “Pero-Para”, es decir: “Pero sin la negligencia médica, la pérdida de la oportunidad no habría ocurrido”, lo que significa que la pérdida de la oportunidad es la lesión y no una fracción del resultado final, aplicándose las reglas tradicionales de la causalidad.

3) Para demostrar la pérdida de la oportunidad el demandante tiene la carga de probar cada elemento de negligencia por la preponderancia, es decir, demostrar que la negligencia del autor hizo perder la posibilidad de lograr un resultado más favorable, en consecuencia, la mera posibilidad no puede ser suficiente probatoriamente, es necesario demostrar que la negligencia realmente truncó una posibilidad.

4) Para calcular los perjuicios, se debe determinar primero el resultado sin la negligencia y luego con la negligencia, con el fin de determinar el porcentaje de la oportunidad perdida y multiplicar el monto de los perjuicios que se produjeron con el resultado desfavorable por el porcentaje de pérdida de oportunidad hallada, este método se llama “Método de adjudicación proporcional”(Fèrot, 2013, págs. 591-624).

5) Frente al argumento que se crea una nueva causa de acción en negligencia médica en un área que ya está plagada de un grado insostenible de litigios, se ha considerado necesario adoptar por parte de los legisladores de los Estados, unas nuevas regulaciones para reducir los litigios de responsabilidad civil médica, que limitan los montos de los perjuicios materiales e inmateriales, la responsabilidad solidaria y ponen topes a los honorarios de abogados, también se han fijado reglas para reducir las indemnizaciones cuando el demandante logra hacerlo de otras fuentes como seguros de responsabilidad.(Thorpe, 2004, págs. 20-30)(Fèrot, 2013, págs. 591-624)

Existen además, estudios estadísticos del año 2015 que indican que la adopción de la doctrina de la pérdida de la oportunidad en Estados Unidos no incrementó la prima de los seguros por responsabilidad médica ni la litigiosidad, así lo indicó el artículo de LAJOIE (2015), que expuso:

Los estudios son consistentes con los resultados de esta nota que la adopción de la pérdida de la doctrina oportunidad no afecta de manera significativa el número de reclamaciones presentadas. Existe una idea errónea de que los tribunales están inundados de negligencia médica “frívola”(Lajoie, 2015)

En síntesis, podemos identificar cómo la doctrina norteamericana señala varios requisitos que deben ser concomitantes para hablar de una oportunidad perdida: 1) El deber de cuidado especial a cargo del demandado; 2) La violación a esta obligación; 3) El demandado sufrió un daño cierto, una probabilidad posible y razonable perdida 4) La violación fue la causa legal del daño. (Frasca, 2009), trayendo tres enfoques diferentes que inciden en la forma de reparación de este daño: i) **El enfoque Tradicional del “Todo o Nada”**: si se concluye que había más de un 50% de probabilidades de recuperación sin la negligencia médica, se imputa el resultado final a tal negligencia por ser la causa más próxima al resultado (Frasca, 2009, págs. 87-100). ii) **El enfoque del “Factor Sustancial”**: Ubica la pérdida de la oportunidad como “una excepción a los estándares tradicionales de causalidad dando libertad al jurado de determinar si la *“oportunidad perdida es un factor sustancial para lograr el daño”*”(Wurdeman, 2014) y en caso positivo se imputa a la negligencia la producción del resultado final. iii) **El Enfoque Proporcional**: Le reconocen autonomía al daño “Pérdida de oportunidad” pero al momento de valorar la pérdida para reparar integral este tipo de daño se analiza el grado

de probabilidad de sobrevida o recuperación del paciente si la conducta del médico no hubiese sido negligente, tasando los perjuicios en proporción a la probabilidad perdida(Frasca, 2009, págs. 87-100).

Pese a la heterogeneidad de sus posturas traídas en los diferentes enfoques, la doctrina Norteamericana puede nutrir a la doctrina Colombiana en la forma de abordar el daño autónomo de la “Pérdida de la oportunidad” en especial el enfoque proporcional, trae herramientas valiosas que dan claridad al operador jurídico para determinar la forma de reparación integral de este tipo de daño.

### **Aproximación a la doctrina europea**

La Unión Europea tiene consagra en el artículo 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de Europa el *“derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizar un alto nivel de protección de la salud humana.”*(Europeo, 2000). Posteriormente en 2002 se proclamó la Carta Europea de los derechos de los pacientes, allí se introdujeron 14 derechos fundamentales<sup>9</sup> con relación a la atención en salud, complementando la Carta de Niza(Active Citizenship Network, 2002, pág. 230)

---

<sup>9</sup>1) Derecho a medidas preventivas, 2) Derecho de acceso, 3) Derecho a la información, 4) Derecho al consentimiento, 5) Derecho a la libre elección, 6) Derecho a la privacidad y confidencialidad, 7) Derecho al respeto del tiempo del paciente, 8) Derecho a la observancia de normas de calidad, 9) Derecho a seguridad, 10) Derecho a la innovación, 11) Derecho a evitar sufrimiento innecesario y dolor, 12) Derecho a quejarse, 14) Derecho a la compensación.

Lo que hace que en sus 14 Estados sean garantes de la obligación de prestar un servicio de salud de calidad en su atención a sus ciudadanos(Sociedad Española de Atención al Usuario de la Sanidad, 2010), en virtud del derecho fundamental a la compensación, le es exigible a los Estados Europeos el reconocimiento compensaciones por los perjuicios en caso de sufrir un daño físico, moral o psicológico causados a raíz de prestación deficiente o tardía de tal servicio.

Sin embargo no les es imperativo a los Estados miembros determinar la forma como se reparan los perjuicios derivados de la mala atención médica, por ejemplo en los países europeos nórdicos de Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia, a los prestadores del servicio de salud se les impone la obligación de adquirir pólizas de seguro con unas altas primas para garantizar la reparación integral de los daños que pudiesen ser ocasionados por la falla en la prestación del servicio de salud cuyos amparos son altos, lo que da lugar a un bajo índice de litigiosidad en materia de responsabilidad médica, tanto es así que los mismos hospitales y personal de la salud, son los encargados de realizarle todo el trámite al paciente de reclamación a las aseguradoras para obtener el resarcimiento de los perjuicios, a través de un punto de contacto central(Burgarin, 2018), sin que sea necesario acudir a los tribunales pero debe existir un vínculo causal entre el tratamiento médico y la lesión corporal sufrida por el paciente, lo que genera un poco desarrollo a nivel jurisprudencial con relación a la pérdida de oportunidad.

Por su parte Francia, Italia y España, no tienen esta política de resarcimiento automático, las acciones de responsabilidad médica siguen siendo instauradas ante los tribunales, que en materia de responsabilidad del Estado manejan el sistema dual, compuesto de la Justicia Ordinaria y la Contencioso Administrativa, por tal razón se encuentra más desarrollada en la doctrina y Jurisprudencia de esos países la Pérdida de la Oportunidad.

En Italia dicho daño fue concebido como tal en la década de los 70, cuando se importó dicha figura de la Jurisprudencia francesa, sin embargo, no ha sido concebida de forma unánime, pues existe una posición Ontológica y otra Etiológica, las que son relevantes al momento de la indemnización de los perjuicios: La posición ontológica considera la pérdida de la oportunidad como un daño emergente, actual y concreto, susceptible de valoración en sí mismo o un “interés legal en el patrimonio de una persona cuya lesión configura una pérdida”. Este daño se acredita en el proceso cambiando la premisa de “certeza” por la premisa de “más probable que no”, de tal suerte que la carga de la prueba del demandante está en demostrar que era más probable que no para el afectado lograr cierto resultado, pero el mismo se vio truncado por la omisión o la negligencia del demandado, por lo que la valoración del mismo se hace de acuerdo al porcentaje en el que fue truncada dicha oportunidad. (Ziviz, 2017)

La posición etiológica no considera la pérdida de oportunidad un daño autónomo del resultado final esperado, ya que estima que solo es compensable en la medida que se demuestre una causalidad razonable con la probabilidad de ocurrencia de cierto resultado superior al 50%, dando lugar al reconocimiento de un perjuicio material en la modalidad de lucro cesante.(Colpa medica, nesso causale tra fatto omissivo ed evento e differenza con il nesso causale penale, 2014).

La determinación del daño por pérdida de oportunidad desde la óptica de esta posición, se realiza a partir de la identificación de dos momentos distintos: a)La verificación de la existencia del vínculo causal entre la conducta y el daño del evento y b) La cuantificación del daño, en el cual el control se comporta de manera diferente sobre las probabilidades de verificación del resultado perdido.(De Siero, 2017)

Por su parte, el criterio ontológico es *“un criterio de pronóstico basado en el resultado final que fue truncado, reducido por un coeficiente de reducción proporcional al grado de capacidad de lograrse, lo que se obtiene en cada caso concreto según los elementos de juicio para tal efecto, y si tal mecanismo no es posible, la ley reconoce la aplicación de criterios de equidad”*(Arseni, 2015). En consecuencia, para tasar los perjuicios se toman ciertos criterios objetivos para determinar el porcentaje de oportunidad de sobrevida o recuperación perdida tales como la tasa de supervivencia en ciertas enfermedades, la patología con la que llegó al centro médico y luego se determinan los perjuicios derivados de la oportunidad perdida.

Existe también una tesis intermedia donde considera que por la pérdida de la oportunidad pueden derivarse: a) Perjuicio futuro: Aquel que emerge como consecuencia de la pérdida definitiva y b) Daños emergentes: como aquellos existentes en el patrimonio de la persona que perdió la posibilidad de obtener el resultado esperado, también llamado pérdida en estricto sentido, siendo compatibles la indemnización de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente y lucro cesante como consecuencia de la pérdida de la oportunidad.(Colpa medica, nesso causale tra fatto omissivo ed evento e differenza con il nesso causale penale, 2014).

Esta tesis considera factible la reparación integral condenando al pago de perjuicios materiales y morales y para liquidarlos acude a la equidad, a criterios de razonabilidad de conformidad con la valoración del caso concreto, y a los baremos o tablas de Milán de forma concurrente. Por ejemplo: En 2014 se resolvió un caso en el que un paciente ingresó a un centro hospitalario con un dolor abdominal muy fuerte, lo dejaron cuatro horas sin ninguna intervención y luego de las quejas de sus familiares le hicieron una muestra de sangre, pese a algunas irregularidades en algunos valores del conteo sanguíneo lo enviaron a la casa. Al otro día llamó a una ambulancia y el médico de turno

no lo trasladó a un centro hospitalario, sino que lo trató en su domicilio, diagnosticando “Dolor abdominal agudo”. Al día siguiente llegó inconsciente al centro hospitalario y fue sometido a una cirugía de emergencia por encontrar una aneurisma en la arteria iliaca izquierda, pero por la gravedad del diagnóstico perdió la vida.

De tal suerte que en Italia concurren varios criterios para valorar los perjuicios derivados de la pérdida de la oportunidad: El criterio de equidad puro, el baremo y la valoración conforme al porcentaje de probabilidad de supervivencia o sobrevida perdida conforme a criterio científico, sin existir en la actualidad un criterio unánime en la resolución de dichos casos por parte de la Jurisprudencia de dicho país.

En España la ley 40 de 2015 “ley de Régimen Jurídico del sector público”(España, 2015), señala en su artículo 32 que *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.”*. Específicamente frente a la reparación de los perjuicios no existe regulación expresa, por tal razón la Jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo en el Estado Español, ha creado algunas figuras de daño y la posibilidad de su reparación, encontrándonos con daños tradicionales y otros tipos de denominados “nuevos daños” dentro de los que se encuentra la pérdida de la oportunidad(Gázquez Serrano, 2017, págs. 215-235).

Frente a “Pérdida de Oportunidad en la Responsabilidad” Médica la Jurisprudencia Española la reconoce cuando se presenta casos donde existen actos que realiza un profesional médico que influyen en el curso de la enfermedad de un paciente privándolo de la oportunidad de

curación, influyendo en su muerte o en su cura definitiva. Para los Tribunales Españoles “el daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a reparación integral, cuando hay una razonable certidumbre de imposibilidad del resultado teniendo como exigencia probatoria la situación fáctica o jurídica idónea para tener esa oportunidad perdida, considerando que “La incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación)”, por lo que lo se exige es una prestación del servicio público de salud de forma diligente.(Gázquez Serrano, 2017, págs. 215-235).

La doctrinante ASUA GONZÁLEZ estima la “Pérdida de la Oportunidad”, como alternativa de reducir la indemnización de perjuicios ante la incertidumbre del nexo causal en la producción del daño final en la responsabilidad médica pues el nexo causal no es susceptible de divisibilidad, es decir, no hay causalidad parcial o hipotética.(Asua González, 2008, págs. 215-235)

Esto hace que algunos doctrinantes españoles, consideren que realmente la pérdida de la oportunidad es una flexibilización en los estándares probatorios del nexo causal en la responsabilidad médica, estando difícil en la práctica su aplicación porque hay ausencia de límites o umbrales mínimos de certeza que admitan su aplicación(Asensi Pallarés, 2013, págs. 228-239).

Se hace cuando es muy escasa o insignificante la oportunidad de sobrevida o curación perdida, dando lugar a indemnizar supuestos improcedente, criticando el hecho que no se vincule la pérdida de la oportunidad a la relación de causalidad al momento de tasar los perjuicios derivados de este daño, convirtiéndolo en un elemento de antijuridicidad cuando la atención médica no se ajusta a la *lex artis ad hoc*, conllevando a una

objetivación de la responsabilidad en materia médica. (Asensi Pallarés, 2013, págs. 228-239)

Lo cierto es que España reconoce la pérdida de oportunidad, pero ante la ausencia de umbrales aún no se encuentra un criterio en los tribunales españoles, para calcular la indemnización de los perjuicios derivados de la pérdida de oportunidad y se presenten tendencias disímiles:

**Arbitrio judge:** En algunas sentencias se ha fijado una categoría de perjuicio resarcible denominado pérdida de oportunidad y para determinarlo se tiene en cuenta la edad de la recurrente, sus responsabilidades familiares, la patología, la incidencia de la violación *lex artis ad hoc* en la atención médica y otras circunstancias particulares de cada caso como la composición del núcleo familiar del occiso o lesionado, motivando razonablemente la sentencia en dichos criterios y fijando una indemnización global por “pérdida de oportunidad”(2003),(2006)(2007), pero no se hace un análisis riguroso de la prueba pericial que determina el porcentaje de pérdida para fijar el quantum indemnizatorio de perjuicios de una forma razonada y con criterios de objetividad, considerándolo como un perjuicio autónomo indemnizable en concepto de daño moral(Asensi Pallarés, 2013, págs. 228-239)

**Aplicación de la “teoría de la probabilidad estadística”:** Se fija la indemnización de los perjuicios de la pérdida de oportunidad, por equivalencia al daño sufrido o proporcional a la pérdida de oportunidades(2006). Esta forma de tasación es definida por Pallarés como:

El cálculo de la indemnización se efectúa atendiendo al porcentaje estadístico de probabilidades de curación si el interesado hubiera sido tratado correctamente, pese a que

en ningún caso puede afirmarse que el interesado se habría curado o que, aún puestos todos los medios correctos, la” prestación sanitaria habría resultado útil, al deberse el daño a la propia naturaleza de la enfermedad (Asensi Pallarés, 2013)

Dicha aplicación tiene en cuenta la “*teoría de la causalidad probabilística*” adoptada por el profesor Alcoz Medina, donde se plantea para efectos de fijar el monto indemnizatorio (Alcoz Medina, 2009) “*Que se tenga en cuenta la probabilidad de que el acto haya causado el daño y que los perjuicios reconocidos sean directamente proporcionales a esa probabilidad de causación.*”(Yong & Rodriguez, 2011, págs. 228-239)

**Aplicación de Baremos:** La indemnización se determina tomando el resultado final para determinar los perjuicios y cuantificarlos con la baremación contenida en la ley 35 de 2015<sup>10</sup>(Jefatura del Estado, 2015) por los perjuicios morales y materiales según el caso, esta indemnización se reduce al porcentaje de las oportunidades perdidas determinadas en el proceso(2006).

Berrocal Lanzarot (2011) considera necesario trazar el ámbito de incertidumbre en el que ha de tener virtualidad la pérdida de oportunidad, teniendo en cuenta un umbral con límites extremos inferior y superior para que determinada oportunidad sea relevante en la incidencia de la consecución del resultado final, y que haya la demostración del nexo causal entre la negligencia y la oportunidad perdida.

En lo que se refiere al umbral, ha expuesto que en 2007 el Tribunal Supremo de España, aceptó la perspectiva de conceder una indemnización por pérdida de oportunidad cuando las probabilidades de éxito y evitación de la muerte eran superiores al 20%(2007):

---

<sup>10</sup>de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

En España, se ha propuesto el cálculo de la indemnización, fijando un umbral superior en torno al 80% (probabilidad considerada como certeza de que se hubiera actuado en otro sentido, pues, se ha privado de la oportunidad de decidir), y uno inferior en torno al 15% (se estaría ante una oportunidad irrelevante por genérica o inespecífica(Berrocal Lanzarot, 2011, págs. 23-42).

Sin embargo esto no ha hecho censo en la totalidad de los tribunales españoles, existiendo en la actualidad una heterogeneidad del criterio indemnizatorio adoptado por el juez para los perjuicios derivados de este daño, que en resumen se puede decir que es el arbitrio judicial el que lo define, el que debe estar soportado en la razonabilidad y en el análisis probatorio del juez de conformidad con la sana crítica, lo que se soporta en que de entrada se considera que el fundamento de la pérdida de oportunidades la incertidumbre del nexo causal y que por lo tanto no es posible atender al principio de la reparación integral del daño infligido(2012),(2014):

La razón de la acogida por parte de la jurisprudencia de esta doctrina se mueve en distinto plano que el de la "lex artis". Concretamente, se sitúa en el terreno de la incertidumbre, como, entre tantas otras, resaltan las resoluciones que precisamente cita la sentencia recurrida, nuestras Sentencias de 19 de octubre de 2011 RC 5893/2006 y 22 de mayo de 2012 RC 2755/2010 ): la denominada "pérdida de oportunidad" se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo.(2018)

Así pues que en España el Juez tiene plena libertad de valorar los perjuicios derivados de este daño y la tasación la hace de forma global, es decir, sin discriminar los montos de los perjuicios indemnizados, sino atendiendo al material probatorio obrante en el proceso y a las circunstancias específicas del caso, y si la cuantificación del perjuicio tiene una motivación razonada, no hay lugar a impugnarlo por considerar exagerada o ínfima la cuantía determinada en la condena, tanto es así que no es causal de recurso de casación:

La determinación del "quantum" indemnizatorio es un juicio de valor que está reservado a los Tribunales de instancia y ha de ser respetado en casación, en tanto no se demuestre su irracionalidad o la infracción de las normas o principios que regulan la valoración de los medios probatorios.

En definitiva, la valoración del daño, determinante de la cuantía indemnizatoria, es una cuestión de hecho, no susceptible de impugnación en casación salvo que se denuncie y acredite la infracción de las normas que disciplinan la valoración de pruebas tasadas o se constate que las inferencias obtenidas por el órgano "a quo" resultan ilógicas o irrazonables y que, por consiguiente, constituyen manifestación de un uso arbitrario de la potestad jurisdiccional, prohibida por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución.(Recurso de Casación, 2009)

Así se reiteró esta posición en la sentencia del 17 de Julio de 2014 el Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso Administrativo:

En definitiva, en el caso examinado la fijación de la indemnización en el fundamento de derecho "in fine", de la sentencia recurrida, no puede ser tildada de arbitraria, absurda, caprichosa o irracional, pues se explican los criterios para la determinación del "quantum"

indemnizatorio en la fijación de una cantidad global de 300.000 euros, tras la toma en consideración y ponderación de las circunstancias propias del caso. La recurrente, en definitiva, expresa una legítima discrepancia con el contenido de la sentencia cuando determina la indemnización, que, sin embargo, no revela que la sentencia haya incurrido en arbitrariedad.(2014)

Lo que permite concluir que en España no se tiene unificación de criterios para indemnizar los perjuicios derivados de la pérdida de la oportunidad, lo que da pie para existir diversas maneras de indemnizar de acuerdo con el criterio del juzgador, lo que da lugar a un amplio arbitrio y puede generar desigualdad en las decisiones para los administrados.

Por su parte en Francia, el autor François Chabas, ha desarrollado diferentes parámetros para determinar la existencia de dicha figura:

1. Una culpa del agente.
2. La pérdida de una “ventaja esperada” (“enjeu”) (ganar el proceso, obtener el puesto de azafata), y que podría ser el perjuicio.
3. Una ausencia de prueba del vínculo de causalidad entre la pérdida de esa “ventaja esperada” y la culpa, porque, por definición, esa “ventaja esperada” es aleatoria. Esta es una característica esencial de la cuestión. La desaparición de la “ventaja esperada” siempre puede darse por causas ya sea naturales ya sea favorecidas por terceras personas, de tal forma que nunca se sabrá si es el agente quien lo ha hecho perder: aún sin el agente, habría podido perderse. De esta manera, la culpa del agente no es siquiera una condición sine qua non de la pérdida del resultado esperado.

4. Sin embargo, en los casos clásicos que nos interesan, es posible no referir la duda al campo del vínculo causal y más bien, bajo la forma de aleas, insertarla, en cierta forma, en la definición de perjuicio. De esa manera, el perjuicio no es la pérdida de “ventaja esperada” (del resultado esperado) sino la pérdida de las posibilidades (de la “oportunidad”) o “chance”) que se tenían de lograr ese resultado.

5. Es posible, por lo tanto, dependiendo de los casos, establecer una relación causal entre ese perjuicio así entendido y la culpa del agente. El razonamiento será el siguiente:

a) ¿La víctima tenía una oportunidad? (pero se requiere que se trate solo de oportunidades, que exista un aleas).

b) Está demostrado que por la culpa del agente y como consecuencia de ella, ¿la víctima no tuvo ya más esa oportunidad?

c) Entonces el agente puede ser condenado a reparar ese perjuicio: la pérdida de la oportunidad. (52 CHABAS, François. La pérdida de una oportunidad (“chance”) en el derecho francés de la responsabilidad civil. Traducido por Fernando Moreno Quijano. En: Revista Responsabilidad Civil y del Estado. Septiembre, 2013, No. 33., Tomo II, 8-14 Ed, p. 55-76. ISSN 978-958-59104-2-3.

Ahora bien, frente al tratamiento de la pérdida de la oportunidad en materia de responsabilidad médica, múltiples autores (Rodríguez, 2015, pág. 32) han encontrado que el fundamento aplicable en países como Francia, Estados Unidos y Colombia se centra en la equidad como principio fundador, toda vez que en estudio de casos emitidos por sus correspondientes cortes se encuentra como regla aplicable que el paciente quien demandó servicio médico asistencial y le sobreviene un daño sin nexo de causalidad atribuible al

profesional obtiene indemnización de acuerdo a la oportunidad perdida. Y, en el otro extremo de la relación jurídica el profesional médico debe asumir la reparación del daño derivado de la pérdida de oportunidad del paciente sin que pueda atribuirse a su conducta.

Nuestra jurisprudencia en materia de pérdida de la oportunidad se ha originado y avanzado conforme al estudio de la doctrina francesa pionera en la materia, es por esta razón que el mismo Consejo de Estado se ha ocupado de compilar y analizar en sus fallos los más importantes pronunciamientos como pasaremos a ver:

**a. De la pérdida de oportunidad en el derecho comparado.**

11.1. En Francia, como resultado de la influencia de la Corte de Casación Civil, es a partir del fallo *CtsTelle et Ap-HP c/ M. Guilbot* del 5 de enero 2000, consolidado por el fallo *Centre Hospitalier de Vienne* del 21 de diciembre de 2007 del Consejo de Estado francés, que se origina un importante avance en la jurisprudencia administrativa a propósito de la teoría de la pérdida de oportunidad; allí se afirmó que el truncamiento de una posibilidad de recibir un beneficio o evitar una pérdida puede ser considerado, a petición de parte o de oficio, un daño autónomo indemnizable de modo proporcional al perjuicio que representaba dicha pérdida —*tertiumgenus*—, con lo que se abandonó el criterio de reparar únicamente el perjuicio final. En efecto, es en el año 2000 cuando el Consejo de Estado francés declaró, por primera vez, en un caso de un paciente víctima de la realización de un procedimiento quirúrgico riesgoso, del cual no recibió alguna información, que sufrió un daño que resultó “de la pérdida de oportunidad de sustraerse al riesgo que finalmente se realizó” y cuya indemnización “se fijó en una fracción de los diferentes rubros del perjuicio sufrido”.

11.2. La postura reiterada en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés es la de emplear la regla de la reparación proporcional en materia de responsabilidad médica para indemnizar la esperanza frustrada, cuyo porcentaje se reconoce no sólo a la víctima directa sino también a su núcleo familiar cercano y, en caso de muerte de la víctima, los perjuicios materiales e inmateriales se transmiten y se reconocen proporcionalmente en función de la oportunidad perdida a sus familiares.

11.3. Después del año 2007, la reparación proporcional de la pérdida de oportunidad en materia médica se extendió al campo de la función pública y cuyo fallo más emblemático es el caso *Lafforgue* del 11 de marzo de 2009. En este caso, el Estado fue condenado por haber privado de un ascenso a un empleado en razón a la incorrecta aplicación de una norma. Es preciso aclarar que la reparación proporcional de la pérdida de oportunidad no ha sido empleada en todos los ámbitos de la responsabilidad estatal como, por ejemplo, en materia contractual, donde aún se sigue aplicando la regla del “todo o nada” y cuya indemnización se calcula en función del beneficio neto que el contratista habría obtenido de la adjudicación del contrato. De esta manera, se puede afirmar que coexiste una dualidad de modos de reparación: una, del “todo o nada”, predominante en materia contractual; y otra, proporcional, aplicable a supuestos de responsabilidad en casos de pérdida de oportunidad. De hecho, por ejemplo, en la lógica del “todo o nada” es necesario el vínculo causal existente entre el hecho dañoso y el perjuicio final, mientras que en la proporcional, aplicada al ámbito médico-asistencial, función pública o casos de administración de justicia, la pérdida de oportunidad se erige como un daño autónomo —diferente del

final—, es decir, no se repara el perjuicio final padecido por la víctima sino la proporción del despojo de probabilidades.

11.4. La doctrina francesa define a la pérdida de oportunidad como “un perjuicio actual acreditado por el hecho de la desaparición de un chance”; “una variedad de perjuicio consistente en la pérdida cierta de una posibilidad de realización de un evento deseado”, o un “perjuicio cierto” Susceptible de ser objeto de una indemnización, cuando la perspectiva de realización probable de un acontecimiento, que habría beneficiado al recurrente por su favorabilidad, desaparece por razones que le son exteriores”.

11.5. Por lo anterior, la oportunidad que se pierde es la consecuencia del hecho o conducta de un tercero que ha cercenado un interés jurídico representado en una expectativa legítima de poder alcanzar un beneficio, de obtener una ganancia o de evitar una pérdida, y que si bien existe incertidumbre de saber si el beneficio se habría producido o el perjuicio se habría evitado, existe certeza en que se ha cercenado de modo definitivo un interés legítimo, lo que da acceso al débito resarcitorio.”.

Ahora bien, frente a la forma de reparar el perjuicio el doctrinante FrancoisChabas explica que es necesario realizar dos análisis de acuerdo con las dificultades comprensivas que presenta la figura jurídica, estas son: i) apreciar la naturaleza de la ventaja esperada por el acreedor; ii) determinar la agravación de la situación esperada.

Frente al primer análisis señala el autor que es necesario precisar por dos situaciones: i) determinar que la ventaja que espera obtener el acreedor no es hipotética; ii) determinar que el daño no sea de naturaleza eventual; toda vez que sólo ante la corroboración de que las

oportunidades que se demandan no son hipotéticas o eventuales se ordenará su reparación. Esta situación ha sido tratada por los tribunales franceses especialmente bajo el supuesto de la privación a un menor de edad de continuar con sus estudios y obtener una buena posición económica y social, determinando que, según la calidad académica del estudiante y su cercanía a finalizar sus estudios, mayores oportunidades debían indemnizarse, en gracia de la discusión se analizó el siguiente caso:

hay al menos un caso en el cual se distingue matemáticamente la pérdida de una oportunidad, y es el caso en que la oportunidad se presenta en varios grados: por ejemplo, los padres que pierden a un hijo con un porvenir brillante y que hubiera podido, al llegar a la edad adulta sostenerlos. Pero al momento de esa muerte, los padres no estaban en situación de necesidad. La oportunidad es de dos grados: había oportunidades de que apareciera la situación dañosa, que entonces habría tenido oportunidades de cesar gracias al hijo. La reparación por la pérdida de la oportunidad de obtener alimentos no se debe. Si por el contrario, los padres estaban ya en situación de necesidad al momento de la muerte del menor, ellos hubieran podido alegar la pérdida de la oportunidad.

Una vez se determina la certeza de la oportunidad perdida, se aborda la difícil tarea de la determinación del número y valor de oportunidades a ser reparadas, toda vez que la tarea del juzgador es hallar el coeficiente de oportunidades que el acreedor ha perdido, para lo cual el Juez deberá apoyarse en la experticia técnica que necesariamente indicará cuántas posibilidades tenía el paciente de morir, el cliente de que fuera revocada la sentencia de primera instancia o un candidato de ganar el premio, con la premisa de que dicha reparación nunca dejará de ser ajena a la arbitrariedad. Con el fin de ejemplarizar, el doctrinante trae a colación el siguiente caso:

Como consecuencia de un accidente la víctima habría sufrido una trombosis de una arteria que, tardíamente diagnosticada por culpa de un cirujano, había llevado la necrosis de la pierna y a la necesidad de amputarla. El cirujano, acusado penalmente, invocaba la estadística que enuncia que los traumatismos de esta arteria implican entre 30% y 40% de amputaciones; él pretendía entonces que sólo había hecho perder oportunidades de curación y, en virtud de la jurisprudencia criminal que hemos citado más arriba, pedía su exoneración. Ahora bien, ocurre que el paciente, una vez hecho el diagnóstico tardío, había sido transportado a otra clínica, donde había podido reestablecerse la circulación (pero demasiado tarde como para evitar la necrosis). Apareció entonces a posteriori que el herido tenía todas las posibilidades de evitar la amputación y que el diagnóstico culpablemente tardío del primer cirujano había causado el daño derivado de la amputación.

Con respecto al segundo análisis relativo a la agravación del daño, considera el autor que la alteración de la ventaja esperada modifica el valor de las oportunidades perdidas correlativamente al porcentaje de agravación, por lo que, en caso estudiado aprueba el doctrinante, incluso, la presentación de demanda que comprenda exclusivamente la agravación de la pérdida de oportunidad de obtener la ventaja legítima que tenía el acreedor.

En síntesis, encontramos que en Europa se consagra expresamente el derecho a la atención en salud con calidad y el derecho a la compensación en virtud de los daños acaecidos por la indebida prestación de este servicio, como derechos fundamentales consagrados en los 14 Estados miembros de la Unión Europea. Sin embargo, no existe criterio unívoco sobre la forma de reparación del daño a la pérdida de oportunidad, es más, en los países nórdicos como

Noruega, Suecia y Dinamarca no se reconoce dicho daño, pues las reparaciones siguen condicionadas a la demostración del nexo causal en la responsabilidad médica, sin embargo, hay menos litigiosidad en este campo y más reconocimiento por existir pólizas que amparan el riesgo de la falla en el servicio a la salud. Por su parte Italia, España y Francia sí lo reconocen, pero abordan su forma de reparación de forma diferente.

En Italia se maneja una posición **Ontológica** y Otra **Etiológica** frente a la “Pérdida de la Oportunidad”. La **ontológica** lo trata como un **daño emergente**, actual y concreto, susceptible de valoración autónoma, que se acredita en el proceso con el cambio de la premisa “Certeza” por la premisa “Más probable que no”(Ziviz, 2017) y se repara el daño de acuerdo al porcentaje en que fue truncada la oportunidad. La **Etiológica** considera compensable la oportunidad perdida en la medida de que se demuestre una causalidad razonable con probabilidad de producción del resultado final superior al 50%, es decir que no le reconoce autonomía a este tipo de daño; en consecuencia, si se demuestra la causa superior al 50%, se imputa la totalidad del daño, la reparación se realiza reconociendo un perjuicio material en la modalidad de **lucro cesante**. (Colpa medica, nesso causale tra fatto omissivo ed evento e differenza con il nesso causale penale, 2014).

Hay También una posición intermedia en la doctrina italiana que considera que la pérdida de oportunidad puede generar perjuicios futuros y daños emergentes, siendo compatibles indemnizaciones por ambos tipos de perjuicios, los que se liquidan acudiendo a criterios de equidad, razonabilidad y acudiendo a baremos o tablas de Milán de forma concurrente, siendo finalmente el arbitrio giudice quien define la determinación del daño y la reparación de los perjuicios derivados a la pérdida de la oportunidad.

En España, algún sector de la doctrina considera que la pérdida de la oportunidad es una flexibilización en los estándares probatorios del nexo causal en la responsabilidad médica convirtiéndolo en un elemento de antijuridicidad cuando la atención médica no se ajusta a la *lex artis ad hoc*, que critican porque lo consideran como una objetivación de la responsabilidad en materia médica. (Asensi Pallarés, 2013, págs. 228-239)

De tal suerte que no se le da un verdadero reconocimiento a la autonomía de este daño.

Sin embargo se reconoce por vía judicial la reparación del daño que se causa ante la incertidumbre médica acudiendo a criterios diferentes: i) Arbitrio Judge, ii) Aplicación de la teoría de la Probabilidad Estadística y iii) Aplicación de Baremos; esta última, como se explicó en forma precedente, no significa que exista baremos para indemnizar los perjuicios derivados de la pérdida de oportunidad, sino que una vez determinada la pérdida como una forma de imputación, se acude a apoyarse en los baremos determinados para la liquidación de perjuicios en materia de seguros. De manera que España, al igual que Italia tiene una aplicación heterogénea en vía Jurisdiccional de la pérdida de oportunidad, tanto en su concepto como en la forma de tasar los perjuicios derivados de este daño.

Francia, al igual que la doctrina Norteamericana es pionera en la aplicación de esta figura. Desde principios de los años 60, fijó los diferentes parámetros para determinar su existencia, dando elementos para su construcción Jurisprudencial en Colombia, que se replicaron en las Sentencias del Consejo de Estado que la adoptaron, elementos que son: i) Culpa del Agente; ii) Pérdida de una Ventaja Esperada; iii) Ausencia de Prueba del vínculo de causalidad entre la pérdida de esa “Ventaja esperada” y la culpa del agente. Siendo la equidad el fundamento aplicable a esta figura, de tal suerte que la indemnización de perjuicios derivados de la pérdida, siga determinándose por parte del administrador de Justicia, en virtud de su sabio y sano criterio,

pero obviamente acudiendo a la experticia médica que determine de forma estadística el porcentaje de oportunidad perdida, por lo tanto su aporte en la definición y concepto de este tipo de daño es invaluable, pero al momento de fijar criterios objetivos para tratar de dar uniformidad a la tasación de los perjuicios derivados, no se hace muy útil.

### **Aproximación a la doctrina latinoamericana**

En estudio de la Doctrina Chilena sobre pérdida de la oportunidad se evidencia que el avance en el reconocimiento de esta figura ha sido mínimo, resaltando el autor MAURICIO TAPIA RODRÍGUEZ en su artículo “PÉRDIDA DE UNA CHANCE SU INDEMNIZACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA” como el primer precedente que analizó y reconoció la procedencia de indemnización por pérdida de la oportunidad en servicio médico, a través de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 11 de diciembre de 2008 Rol 776-2008, decisión confirmada la Corte Suprema de Justicia de Chile, indemnizando este daño bajo la modalidad de reparación tradicional, caso donde se estableció un error en el diagnóstico al no detectar un melanoma maligno, privando al paciente de recibir un tratamiento oportuno y adecuado, sufriendo dolores y pereciendo tiempo después, considerando el Tribunal que no se podría atribuir la muerte desde la causalidad, pero sí la privación de acceder a un tratamiento que mejorara la calidad de vida o aumentará las probabilidades de sobrevivida.

Resaltando el autor que “Si bien lamentablemente hay escasa uniformidad en materia de cuantificación del daño en nuestro sistema, en este caso parecen haberse concedido sumas cercanas a una indemnización completa (\$20 millones para cada padre y viudo; \$10 millones para cada uno de sus dos hermanos).”(Rodriguez, 2015)

Por último, el autor chileno Mauricio Tapia Rodríguez señala que frente a las formas de reparar el perjuicio pérdida de la oportunidad, la doctrina y jurisprudencia no ha generado un aporte, tendiendo en sus decisiones a negar la procedencia y reconocimiento de dicha figura. Por esta razón hace un estudio y aporte desde el derecho comparado dos formas de reparación de pérdida de la oportunidad:

La primera de ella la regla de todo o nada, que en caso de superar el 50% de probabilidades, se deberá indemnizar la totalidad de los perjuicios, y en caso contrario negar la reparación. La segunda, establecer un cálculo preciso de probabilidades, y teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, indemnizar el porcentaje resultante.

Asimismo, los autores Patricio Sánchez López y Paola Figueroa Cortés, propusieron un modelo de reparación de la pérdida de la oportunidad para Chile, ante la ausencia suscitada de criterio unificado, correspondiente a los siguientes fundamentos:

a) en primer lugar, deberá efectuarse un estudio analítico de los diversos factores y variables que influyen en la determinación cuantitativa de la chance. Para que esto quede claro, hay que diferenciar las etapas, puesto que en la valoración de la pérdida de chance el juez realizó una ponderación jurídica de los hechos en orden a determinar la coincidencia entre éstos y la figura jurídica que es la pérdida de chance. Entonces, en esta etapa y ya superado este problema, pasan a ponderación factores como, por ejemplo, el estado de salud de paciente al momento de la lesión o enfermedad, su edad, condición física, aptitudes del facultativo, cualidades del tratamiento, acceso a tecnología, etc., los cuales serán ahora, a diferencia de la etapa anterior, determinados y apreciados por un profesional experto o especialista en la rama en cuestión, el cual será, obviamente, un médico. La chance indemnizable, a la luz de una mirada integral del estudio que hemos

efectuado debe ser un mínimo de 30% de probabilidades curarse o sobrevivir.”  
(SÁNCHEZ LÓPEZ Y FIGUEROA CORTÉS)

De lo anterior, propone una cuantificación de la indemnización por pérdida de la oportunidad calculando a través de la fórmula:

$$\text{CHANCE PERDIDA (0-1) X DAÑO CAUSADO POR CHANCE PERDIDA ($) =} \\ \text{MONTO INDEMNIZACIÓN ($)}$$

A) Daño causado por chance perdida: se refiere al monto en moneda nacional en que el juez estima los daños producidos a consecuencia de la chance perdida.

B) Chance perdida: Al mencionarla como tal, hacemos alusión al daño mismo que sufre la chance de curación o sobrevivencia, el cual trae como consecuencia su pérdida.

La forma de cuantificación que proponemos deberá culminar necesariamente con la expresión de la chance perdida a través un valor numérico entre 0 y 1 (0.4, 0.75, por ejemplo). (SÁNCHEZ LÓPEZ Y FIGUEROA CORTÉS)

Por su parte la doctrina de Costa de Rica ha contemplado una metodología para determinar el *quantum debituren* dos etapas, a saber:

Como primer paso, lo que se requiere es identificar y estimar los daños y perjuicios que ha sufrido la víctima como si los hubiera padecido efectivamente, de conformidad con principios y técnicas propias del Derecho común. La segunda etapa consiste en descontar la fracción aleatoria. La segunda fase del cálculo de la indemnización consiste en calcular y descontar el porcentaje aleatorio, es decir, el riesgo preexistente de no realización de la oportunidad. Este paso es necesario para reforzar el principio de certeza: Lo que se indemniza es, propiamente, la pérdida de una probabilidad cierta, no un alea. Es necesario

entonces, castigar el quantum al que se arribó en la primera fase, mediante la aplicación de una tasa de descuento representativa del alea. Por lo demás, el descuento del factor aleatorio permite excluir la indemnización de oportunidades poco serias. (Torrealba Navas, 2010)

De acuerdo con lo anterior, para este autor es relevante que el operador judicial acuda al uso de estadísticas, dictámenes y probabilidades, para determinar el cercenamiento de la pérdida de oportunidad, sin embargo, el factor aleatorio y el monto indemnizable se establecerá al arbitrio judicial.

Esta última posición se concatena con la desarrollada por la Doctrina Argentina quien ha establecido a través del autor Miguel Piedecabras:

Luego de realizar una reseña de porcentajes posibles, se termina afirmando que, en materia de configuración de daños por pérdida de chance, los criterios numéricos deben ser referenciales, más no decisivos ni exclusivos para su admisibilidad. Por ello se sostiene que el método no escapará jamás a un cierto arbitrio. (,2008, P 428)

En Perú la Doctrina y la jurisprudencia ha sentado como criterio de indemnización en los casos de pérdida de la oportunidad, en primer lugar, la preponderancia del arbitrio judicial y en segundo lugar otorga la valoración y estimación desde un criterio de equidad, como lo establece artículo 1332° del Código Civil Peruano, “si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa”.

Conclusión que ha sido manifestado por los autores Peruanos Felipe Osterling Parodi y Alfonso Rebaza González en su escrito indemnizando la probabilidad: acerca de la llamada pérdida de la chance o pérdida de la oportunidad:

Se ha dejado a la libre y prudente determinación del juez el monto del daño resarcible, quien deberá aplicar su criterio discrecional atendiendo tanto a las peculiares circunstancias de la naturaleza jurídica de la pérdida de la chance, como a lo que pudiera requerir el caso concreto.

Por lo expuesto, se colige que en la doctrina latinoamericana existe escasa referencia frente a esta figura de pérdida de la oportunidad, vaguedad ampliamente expuesta por los autores precitados, quienes se atrevieron a hacer acercamientos al concepto y propuesta para reparar, de los cuales se evidencia una línea constante de enaltecer el papel preponderante del arbitrio judicial al momento de tasar la indemnización de perjuicios con ocasión a la figura de pérdida de la oportunidad, pues entregan al Juez la difícil tarea de aplicar en el caso concreto la decisión más razonable para indemnizar las oportunidades perdidas que tenían los pacientes sin incurrir en excesos indemnizatorios, como sería el resultado final.

### **Aproximación a la doctrina colombiana**

Al igual que en la doctrina Norteamericana, Europea y Latinoamericana, en Colombia no existe unanimidad de criterios acerca de cómo indemnizar los perjuicios derivados de la pérdida de oportunidad que entre otros factores se fundamenta, como en los países foráneos, en la dificultad de demostrar en el proceso con exactitud, *los beneficios*

*obtenidos si no se hubiese causado el daño pasivo*(Daza López, 2010, págs. 127-138). Lo anterior se fundamenta como lo afirman estudiosos del derecho en que:

Ya hay una cadena causal, pues la persona se encuentra enferma. Con una intervención humana –la médica- hay una posibilidad de detener la enfermedad en curso. Si en tal evento se presenta un error del galeno o de quien presta el servicio médico, se pierde esa oportunidad; no se puede afirmar que el error médico haya causado la muerte o la lesión, pero sí se puede afirmar, con certeza, que el paciente perdió unas probabilidades de recuperarse.(Perez & Maya, 2016)

De tal suerte que varios estudiosos del derecho consideren necesario traer al proceso una evidencia científica para identificar la magnitud de la oportunidad perdida, que en últimas viene siendo para muchos, la que determina el monto indemnizatorio (Quintero Meza, 2012).

En materia médica debe existir una probabilidad significativa, demostrada por medios científicos de obtener un resultado; no se pueden aceptar meras especulaciones sin fundamento técnico, pues se estarían reclamando daños hipotéticos no susceptibles de ser reparados por vía de la responsabilidad civil.(Perez & Maya, 2016)

Consideración que sigue la posición del doctor Hernán Andrade en su ponencia expuesta en la sentencia del 8 de junio de 2011 del Consejo de Estado, en la que se sostiene que es necesario que de manera científica quede establecido cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar su vida(Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P. Hernan Andrade Rincón. 8 de junio de 2011. Exp. 19001-23-31-000-1997-03715-01, 2011)

Lo que comparte la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín en sus pronunciamientos del 23 de enero de 2013 radicado 2006 00485 (MP Dr. José Omar Bohórquez Vidueñas y del 18 de enero del 2013 (radicado 2008-00085), donde se expone con firmeza el criterio que considera que la pérdida de oportunidad no puede ser aplicada en los eventos en los que existan dificultades para establecer el nexo causal, pues este tipo de daño no puede ser una mera especulación, sino que debe quedar acreditado de forma científica cuál era la posibilidad real de recuperación o sobrevida.

Teniendo esta postura, una vez acreditado el daño de forma científica de la pérdida, lo que se debe indemnizar es el porcentaje de la oportunidad perdida, siendo necesario analizar con detenimiento la menor o mayor probabilidad con el fin de calcular estos perjuicio, siendo improcedente la indemnización total por la incertidumbre del resultado alcanzado o esperado,(Gómez, 2010)pues tal como lo indica el profesor y magistrado Martín Agudelo Ramírez, en su ponencia del 29 de agosto de 2013, la estimación de la pretensión indemnizatoria *de oportunidad de lograr sobrevivir o recuperar la salud*, no puede endilgar al agente médico *responsabilidad por la enfermedad como tal o su desenlace definitivo*(a Martín Agudelo Ramírez en Sentencia del 29 de agosto de 2013 radicado 2004 000251), 2013). *Esta posición dista enormemente* del sector de la doctrina anglosajona anteriormente expuesta que predica la premisa “more probably than not”, endilgando la totalidad del resultado dañoso al agente médico cuando la oportunidad perdida supera el 50%; en Colombia gran parte del sector de la doctrina y la Jurisprudencia propone la fijación del monto indemnizatorio proporcional a la oportunidad perdida.

Esta postura es coherente con las planteadas por el Consejo de Estado, Sección Tercera, expuestas en el capítulo precedente, donde se considera pertinente para tasar el perjuicio derivado del daño "Pérdida de oportunidad", con una reparación proporcional al coeficiente de oportunidades perdidas, sin embargo a la hora de fijar el monto indemnizatorio en los fallos, no hay claridad, pues por ejemplo, se liquida un monto de perjuicios morales para los familiares pero no se establece con claridad si corresponde al porcentaje en que fue perdida la oportunidad (Tribunal Superior de Medellín, 2014), así lo expusieron en el análisis de las Sentencias del Tribunal Superior de Medellín Sala Civil por responsabilidad médica entre 2012 y 2015 los estudiosos Arango Maya y Pérez Arango. (Perez & Maya, 2016)

Frente a este problema de confusión al momento de determinar el monto indemnizatorio cuando se adopta la doctrina de la pérdida de oportunidad nos ha servido mucho la clasificación teórica que hacen Yong Y Rodriguez Yong (2011) con base en el estudio de la doctrina Europea, en especial del análisis de la obra de Medina Alcoz sobre los diferentes enfoques conceptuales de este daño. Dichos autores clasificaron la teoría de la pérdida de oportunidad en "Teoría Negativa sobre la pérdida de oportunidad" (Del Todo o nada) y "Teoría Positiva de la pérdida de la oportunidad". (Yong & Rodriguez, 2011)

Lo que merece destacarse en su estudio para el tema que nos compete referente a la indemnización de perjuicios es la clasificación que hacen de la teoría positiva de la pérdida de oportunidad, estos autores la clasifican en:

**i) Teoría ontológica o autonomista:** Es la que reconoce la pérdida de oportunidad como un daño susceptible de ser compensado, un daño emergente que se encuentra en el patrimonio de la víctima que se compone de un elemento cierto, cual es la posibilidad de obtener el resultado y

uno incierto que es el logro del resultado mismo, de tal suerte que se considere “Incertidumbre inherente al perjuicio”, pues el beneficio esperado no está garantizado.

De conformidad con los perjuicios generados, esta teoría se subclasifica en:

a) **Teoría ontológica del perjuicio patrimonial:** Según esta teoría *“la oportunidad perdida es un bien sui generis (no perceptible físicamente) de características económicas, preexistente al hecho dañoso e integrado al patrimonio de la víctima, su naturaleza es dinámica, destinado a desaparecer ya sea porque no logre actualizarse o porque se convierta en un beneficio real”*, teniendo una subdivisión en: **i) Teoría ontológica moderada:** Por esta vía es reparable la oportunidad perdida que no sea aparente ni segura, ubicadas en un umbral del 15% al 50% según el derecho anglosajón y del 15% al 50% según el derecho Europeo y da lugar a una indemnización parcial de los perjuicios. A las oportunidades ubicadas por fuera de los rangos mínimos y máximos se les aplica la figura del “todo o nada”. y **ii) Teoría ontológica radical:** *“consideran que cualquier pérdida de una chance es indemnizable”* independiente del rango de oportunidades que tenga la víctima, en consecuencia, se *“compensa a la víctima en proporción a su pérdida, sin importar si fue del 1% o 99 %”* (Yong & Rodríguez, 2011)

b) **Teoría ontológica del perjuicio personal:** Se considera que *“la oportunidad de la cual goza una persona para alcanzar una ventaja, material o inmaterial, se encuentra directamente relacionada con el desarrollo de la personalidad; por ello, la pérdida de una chance no constituye una entidad económica, sino una situación vinculada con un bien espiritual, de tal suerte que el daño es el menoscabo de ese bien”*. Esta teoría la ha usado nuestro Consejo de Estado en su Jurisprudencia (Consejo de Estado, 2000) y al momento de condenar por este daño se reconoce un perjuicio moral derivado de esta pérdida. (Yong & Rodríguez, 2011)

**ii) Teoría de la causalidad probabilística:** Considera que *“la mejor manera de compensar el daño es tomar en consideración la probabilidad de que el acto haya causado el daño y que los perjuicios reconocidos sean directamente proporcionales a esa probabilidad de causación.”*, pues dar lugar a indemnizar todos los perjuicios por haber un 51% de probabilidad o ninguno por existir un 49%, bajo la teoría general de la causación, da lugar a una injusticia en situaciones similares. Esta teoría es acogida por ALCOZ MEDINA:

Cuando se plantea para efectos de indemnizar que la probabilidad causal no es alta, sino simplemente seria, ello tiene como objetivo facilitar la protección que se estima debida, en tanto la víctima se privaría de una propiedad anterior (teoría ontológica del perjuicio patrimonial, desarrollada en Italia y en los Estados Unidos) o soportaría un daño moral (teoría ontológica del perjuicio personal, aplicada en Francia y, sobre todo, en España). Desde esta perspectiva se aprecia el perjuicio, a partir de la posibilidad de evitarlo y no desde el daño final incierto, sin parar mientes sobre el concepto tradicional de causa. (Yong & Rodríguez, 2011)

**iii) Teoría de la pérdida de oportunidad que excluye los casos de responsabilidad médica:**

Los autores Young y Rodríguez citan a Prévot y ChaiaPrévot, Juan y Chaia, Rubén. Quienes predicen que en materia de responsabilidad médica, la teoría de pérdida de una chance es un artificio que le permite al Juez aliviar los problemas de consciencia, permitiéndola mudar su inseguridad sobre la relación de causalidad, considerándolo una “Presunción de causalidad con daño disminuido”, teniendo en cuenta que en materia de responsabilidad médica nunca puede prescindirse del elemento “Nexo Causal”, comoquiera que la obligación es de medio y no de resultado. En consecuencia, se considera que esta teoría es aplicable en otros eventos, pero nunca en el de responsabilidad médica, siendo más acertado en esta área hablar de concurrencia

de causas e imputar responsabilidad cuando la negligencia o mal servicio supera un umbral del 50%.(Prévot & Chaia, 2007, pág. 145)

Luego de exponer de forma académica dichas teorías, los autores acogen la teoría moderada de la causalidad probabilística, por ser “la más equitativa frente a los intereses tanto de la víctima como del victimario” y “redefinir el concepto clásico de causalidad, sin utilizar ficciones, permitiría aplicar, sin excepción, a todos los casos, la teoría de la pérdida de una oportunidad imponiendo una responsabilidad al victimario acorde al verdadero daño causado”.(Yong & Rodriguez, 2011)

Cabe resaltar, que para 2011, fecha de esa publicación del precitado artículo, esa teoría era minoritaria, pero en la actualidad es la que más ha acogido más fuerza, por ejemplo en Norteamérica y actualmente, según lo expuesto de forma precedente, es la que se está adoptando en el Consejo de Estado. Sin embargo, requiere sistematización y fijación de reglas claras para lograr uniformidad.

El Doctrinante Gómez Giraldo (2011) en su obra identifica plenamente la autonomía del daño “pérdida de la oportunidad”, la necesidad de la diferenciación de los conceptos daño y perjuicio para determinar su reparación integral y la determinación del porcentaje de oportunidad perdida probada en el proceso para tasar la indemnización de perjuicios de acuerdo a este porcentaje, siendo un referente importante tomado por el Consejo de Estado en la Sentencia del 5 de abril de 2017 para definir las reglas jurisprudenciales aplicables a este tipo de casos. (Giraldo, 2011)

Obando Obando (2016) reconoce el aporte de Gómez Giraldo haciendo hincapié en la necesidad de que sea allegada al proceso prueba pericial o científica que acredite el porcentaje o

las probabilidades de obtener la oportunidad perdida, de tal suerte que elimine en estos casos todo tipo de decisiones especulativas. (Obando, 2016)

Sin embargo sigue existiendo reticencia de los estudiosos en el tema en reconocerle autonomía, que acogiendo la posición de los maestros Gil Botero y Tamayo Jaramillo que la ubican en sede de imputación directamente relacionada con el nexo causal (Botero, 2013)(Jaramillo, Sobre la Prueba de la Culpa Médica, 2003), la estiman como un elemento para aligerar el curso causal, insistiendo que es la más adecuada para determinar el monto indemnizable al momento de la reparación integral del daño en casos de responsabilidad médica, pero reconociendo que de igual forma si se analiza “desde el punto de vista del daño y ya no del nexo causal, se llegaría siempre a la conclusión de que debe repararse el daño en todos los casos y que el porcentaje de indemnización debe ser proporcional a las probabilidades de ganar que tenía la persona”(Moreno Escobar, 2013).

Lo que reitera nuestra posición en los albores de la presente investigación donde expusimos que el hecho de que la tasación del perjuicio de la pérdida de oportunidad se realizara de acuerdo a la proporción de la pérdida demostrada, no hace que necesariamente nos ubiquemos en sede de imputación, pues tanto los que le reconocen como los que no le reconocen autonomía de daño a esta figura, deben acudir a determinar el porcentaje de probabilidades en que se ubicaba el paciente frente al resultado final al momento de reparar.

Esta posición tampoco es óbice para denegar justicia, pues si no se logra acreditar el porcentaje de probabilidad perdida, pero se pudo demostrar ese daño pero no el porcentaje para fijar la cuantía de la indemnización de perjuicios, sería dable excepcionalmente aplicar el arbitrio judice, soportado en “criterios lógicos y auxiliares como la equidad” dentro del marco del principio de la reparación integral del daño (Pinzón Muñoz, 2016)

Sin embargo no faltan las críticas sobre la poca incidencia práctica que logra esta teoría:

Si el daño a indemnizar es la pérdida de la oportunidad y no el daño final, lo que se indemniza son los perjuicios generados por la oportunidad perdida y no los causados por el daño final. Por tanto, se ha planteado que la reparación debe ser proporcional al “coeficiente de oportunidades que tenía el paciente y que este ha perdido”. Lo anterior, pues es claro que “resultaría al menos una paradoja que se elaborara toda una teoría acerca de la pérdida de una oportunidad para luego señalar que la indemnización debe extenderse al resultado final esperado, pero frustrado por la acción negligente ¿Qué diferencia guardaría ello con indemnizar el daño material o corporal provocado por la acción? En verdad, en términos prácticos, ninguna” (Ceballos Kinkert, 2016)

Pese a las críticas, la estudiosa Ceballos Kinkert, arriba a la conclusión de la especial importancia de la prueba pericial por ser la más idónea para calcular el porcentaje que habría tenido el paciente y que en materia médica se hace menos difícil cada vez por contar con algunos criterios referentes. Estima que la oportunidad en sí misma es un interés jurídico tutelable, independientemente del porcentaje para obtener el beneficio o evitar el daño (Ceballos Kinkert, 2016), criterio que compagina con nuestro sistema normativo, diferenciándose del anglosajón que parte del 15% al 50% , pues para que una oportunidad pueda ser valorada como daño antijurídico no se atiende a su valor respecto al resultado final, sino a la probanza de su consolidación, si es probado dentro del proceso un 1% de oportunidad de sobrevida o recuperación, este debe ser el daño resarcible.

No se puede confundir la dificultad probatoria en la práctica de probar una oportunidad inferior al 15% a su desestimación por no llegar a este umbral, pues desde la filosofía de nuestro

Estado Social de Derecho donde la dignidad humana es el epicentro de sus bases, cualquier oportunidad de conservarla o mantenerla es valiosa en nuestro Estado Colombiano.

La doctrina Colombiana en general se mueve entre las aristas de encajar la pérdida de la oportunidad cómo un daño autónomo o dentro del elemento de imputación en la Responsabilidad Estatal, que en materia de responsabilidad extracontractual se enfoca en el nexo causal.

Quienes se inclinan por darle autonomía a este daño, consideran la necesidad de acreditar una probabilidad significativa que tenga un fundamento técnico o científico, que dé lugar a un daño cierto no hipotético (Perez & Maya, 2016), mientras que la ubican en el elemento de imputación, la consideran más cómo una ficción jurídica amparada en el principio de equidad para reparar los perjuicios causados en los casos de responsabilidad por negligencia médica cuando no se demuestra el nexo causal (Botero, 2013)(Jaramillo, Sobre la Prueba de la Culpa Médica, 2003),

Lo paradójico es que ambas posiciones coinciden en cierto sentido, en considerar necesario el análisis del porcentaje de pérdida con relación al resultado final esperado, al momento de determinar la indemnización de perjuicios, que desde el punto de vista pragmático hace inocua la diferenciación conceptual aludida.

Otros togados optan por alejarse de la rigidez de los paradigmas conceptuales de “daño” o “criterio de Imputación”, considerándola como una “Teoría”, al estudio foráneo de Medina Alcoz, y su clasificación en diferentes enfoques conceptuales: i) Teoría Negativa de la Pérdida de la Oportunidad (Todo o Nada). ii) Teoría Positiva de la Pérdida de Oportunidad que a su vez se clasifica en:

A) Teoría Ontológica o autonomista: Que a su vez tiene un enfoque moderado o radical del perjuicio patrimonial o un enfoque del perjuicio personal. B) Teoría de la causalidad

Probabilística: Que propone indemnizar los perjuicios según la probabilidad perdida de la obtención del resultado final. C) Teoría de la pérdida de oportunidad que excluye los casos de responsabilidad médica: siendo más acertado en esta área hablar de concurrencia de causas e imputar responsabilidad cuando la negligencia o mal servicio supera un umbral del 50%.(Prévot & Chaia, 2007)

En conclusión, la Doctrina Colombiana, tampoco logra unanimidad de posturas frente a la indemnización de los perjuicios derivados de la pérdida de oportunidad, la que se atribuye por algunos, en la dificultad de acreditar los beneficios obtenidos si no se hubiese causado el daño pasivo(Daza López, 2010), otros la ubican en el elemento de imputación y algunos en el daño.

Hay posiciones radicales que al ubicarla en el elemento de imputación de la Responsabilidad del Estado, (Botero, 2013) desdibujan su autonomía (Jaramillo, Sobre la Prueba de la Culpa Médica, 2003), que conducen a la reparación “Del todo o nada” o a considerarla un “comoditie” ante la falta de probanza del nexos causal. Por su parte Yong y Rodríguez estudiando la doctrina Europea, se apartaron de los dos paradigmas de clasificación de pérdida de oportunidad como daño o criterio de imputación, para abordarla como teoría positiva o negativa, en consideración a su reconocimiento o no, emergiendo de tal análisis los cimientos argumentativos sobre los cuales se fija su forma de reparación, análisis que contiene algunas coincidencias con elementos de la doctrina norteamericana(2011, pág. 24).

Pese a los criterios disímiles la gran mayoría de la doctrina reconoce que puede acreditarse la probabilidad perdida.(Perez & Maya, 2016), pero en ambos casos coincidiendo en la necesidad de traer al proceso una evidencia científica para identificar la magnitud de la oportunidad perdida, que en últimas viene siendo para muchos, la que determina el monto indemnizatorio (QUINTERO MEZA, 2012).(CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso

Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P. HERNAN ANDRADE RINCON. 8 de junio de 2011. Exp. 19001-23-31-000-1997-03715-01, 2011) (MP Dr. José Omar Bohórquez Vidueñas y del 18 de enero del 2013 radicado 2008-00085), (Gómez, 2010).

#### **Capítulo 4: Criterios jurídicos para la reparación de la pérdida de la oportunidad en la prestación del servicio médico asistencial del Estado**

##### **Posición razonable para reparar la pérdida de la oportunidad en la prestación del servicio médico asistencial del Estado**

De acuerdo a los anteriores criterios esbozados en nuestro análisis podemos inferir que el daño a la pérdida de oportunidad comporta una alta complejidad, la cual se fundamenta en que se tiene un elemento incierto que consiste en el desconocimiento o interferencia del resultado final sino hubiere interferido la omisión, negligencia o error en la prestación del servicio médico, lo que nos ubica en el escenario de la probabilidad respecto al resultado final, pero de la certeza con respecto a esa privación de la oportunidad o el cercenamiento de las posibilidades.

Esta alta complejidad da lugar a considerar que el arbitrio judge debe continuar siendo la constante para el operador judicial en la tasación de los perjuicios derivados de la pérdida de la oportunidad dentro de nuestro esquema normativo, sin embargo, debe girar sobre un eje transversal que identifique con claridad el escenario sobre el cual se ubique este tipo de daño y determine algunos parámetros para fijar y cuantificar la indemnización de los perjuicios derivados del mismo.

De tal suerte que el operador jurídico no caiga en falacias argumentativas como el “Criterio de equidad y Justicia” orientado en su sentido intuitivo de humanidad, ante vulneraciones a los derechos fundamentales a la vida y la salud, para intentar compensar a la víctima de una negligencia en la prestación del servicio médico del Estado, sin acreditarse una posibilidad de mejora o supervivencia a través de criterios técnicos.

Cómo primera propuesta se plantea el cambio de denominación de este daño, que en materia de responsabilidad médica debe llamarse daño de privación a la posibilidad de supervivencia o restablecimiento de la salud. Desde el punto de vista semántico una Posibilidad es una “Aptitud, potencia u ocasión para ser o existir algo” mientras una oportunidad es una “Cualidad de oportuno, esto es, de lo que se presenta y actúa en el momento conveniente” y esa conveniencia puede tener diversas interpretaciones en el plano de la casuística dando lugar a especulaciones, mientras que la aptitud o potencia de sobrevivir o recuperar la salud, es un hecho que estadísticamente puede existir y probarse en el proceso.

Lo que de entrada le genera al interesado en su reparación la necesidad de introducir un medio de prueba idóneo para acreditar esa posibilidad concreta, pero expresada en términos estadísticos de supervivencia o restablecimiento de la salud de la víctima, cerrando la puerta al marco especulativo y a la confusión que puede generar el término de “Pérdida de oportunidad”. En otros escenarios, como competencias deportivas o concursos es preponderante y permitido la aplicación del “aleas”, lo que no puede predicarse de la responsabilidad médica, donde puede existir incertidumbre en el resultado final, pero certeza sobre la negligencia en la prestación de un servicio, elemento que nunca puede dejarse al “albur”.

Denominado debidamente el daño de privación a la posibilidad de supervivencia o restablecimiento de la salud, se debe identificar el escenario sobre el cual tiene cabida este tipo de daño, en el que participan varios elementos:

- 1) Una violación a la *lex artis* en la prestación del servicio médico, teniendo el deber jurídico de cuidado y debida atención.
- 2) Un resultado final desfavorable para la supervivencia o restablecimiento de la salud de un paciente.
- 3) Una coexistencia de causas en la producción de ese resultado final desfavorable.
- 4) Una posibilidad concreta de supervivencia o restablecimiento de la salud privada por la violación a la *lex artis* en la prestación del servicio médico

Si cualquiera de estos elementos no se encuentra presente, se desdibuja completamente el escenario para que aparezca este tipo de daño. Es de aclarar que no siempre es diáfana la puesta en escena de los elementos al momento de presentar una demanda por falla del servicio médico, pues es posible que el mismo emerja del devenir probatorio. Por tal razón consideramos que en estos casos es procedente la aplicación de la regla *iurinovit curia* y de la flexibilización del principio de congruencia de la sentencia en materia procesal, que en estos casos debe ceder ante la necesidad de amparar el derecho fundamental al acceso a la justicia de los Administrados.

Una vez identificado el escenario y determinada la posibilidad concreta de supervivencia o restablecimiento de la salud privada por la violación a la *lex artis* en la prestación del servicio médico, se debe medir el valor de esa privación o pérdida, ubicándola en el contexto estadístico frente a la probabilidad de mejoría o sobrevida sin que se hubiese presentado dicha violación.

Para esta labor se acoge el enfoque proporcional o de la causalidad probabilística (“proportional approach” o “pure approach”) desarrollada por la doctrina de algunos Estados Norteamericanos, considerando que la acogida de este enfoque no le resta autonomía a dicho daño adscribiéndolo a la causalidad como elemento de imputación fáctica, pues lo que justifica el análisis del resultado final y de la causalidad es su componente probabilístico para medir el porcentaje de pérdida y no su falta de autonomía.

Considerando el enfoque proporcional el más ajustado a la equidad tanto para la víctima como para el victimario, a diferencia del “todo o nada” donde no se satisface el fin de la responsabilidad encaminado a la reparación integral, por ejemplo puede dejar sin reparación a quien no demuestre una probabilidad del 49% y enriquecer sin justa causa en este mismo porcentaje a quien demuestre una probabilidad del 51% al otorgarle una indemnización de perjuicios en su integralidad. El enfoque proporcional logra determinar la indemnización del perjuicio derivado del daño de la pérdida de oportunidad, por nosotros llamado daño de privación a la posibilidad de supervivencia o restablecimiento de la salud, de acuerdo al porcentaje de pérdida acreditado en el proceso, lo que hace al victimario ajustar proporcionalmente su error y a la víctima ser compensada en la medida de su posibilidad acreditada.

Para la medición de esa probabilidad no se disponen de elementos matemáticos que permitan determinar con exactitud el porcentaje de mejoría de salud o supervivencia minado por la falla en el servicio médico pues se está en un escenario probabilístico no de convicción aproximada o absoluta con respecto al resultado final, sin embargo ello no es óbice para tener unas bases técnicas conceptuales que permitan medir esta probabilidad, obviamente desde el escenario probabilístico que tiene umbrales, bases que deben fundarse en una evidencia médica

disponible, compartiendo el criterio anglosajón respecto a que esta medición “necesariamente depende, hasta cierto punto, de la evidencia médica disponible”(Dickhoff v. Green, 2013) evidencia médica que puede aportarse al proceso a través de prueba pericial, literatura científica, guías médicas, conceptos de autoridades legalmente establecidas, o cualquier medio probatorio con fundamento científico o técnico.

Pues los avances en la medicina permiten disponer cada vez de “datos estadísticos más confiables para medir las probabilidades de supervivencia relacionadas con diversos tratamientos, lo que permite probar el grado de causalidad de la negligencia médica con la oportunidad perdida.”(Dickhoff v. Green, 2013)

En este punto se hace necesario y urgente, exhortar para que el Ministerio de Salud compile guías mediante las cuales se permita determinar de acuerdo a evidencia médica disponible las probabilidades de sobrevida o mejoría con base en la estadística, pudiendo recurrir a los métodos de Kaplan- Meier, Mantel-Cox o a través de cualquier método aceptado por la ciencia, para lo cual deberá identificar las variables (factores de riesgo, tasas de mortalidad y todos los elementos del caso), concluyendo con un porcentaje de probabilidad de acuerdo a la enfermedad o accidente padecido, las probabilidades de sobrevida o mejoría del paciente.

Pudiéndose determinar a partir de este análisis un porcentaje, vg. Las fracturas de pelvis producto de un traumatismo presentan una tasa de mortalidad del 20%, sustrayendo que el 80% de los pacientes sobreviven a una fractura de pelvis cuando reciben atención médica oportuna, conforme a la Guía para manejo de urgencias 3a edición tomo i Ministerio de la Protección Social (Ministerio de la Protección Social, 2009); aportando al desarrollo jurisprudencial y como criterio de apoyo para los peritos médicos, toda vez que en algunos casos podría denegarse el

acceso a la justicia, so pretexto de no contar con referencias estadísticas para determinar el cercenamiento de las probabilidades.

De tal suerte que le sea exigible a quien demanda responsabilidad del Estado por falla en el Servicio médico y considere que se privó al paciente de una posibilidad de sobrevida o restablecimiento de su salud, acreditar a través de un medio probatorio con criterio científico y racional la medición de esta oportunidad, considerando inescindible la prueba del daño pérdida de oportunidad con su medición, pues esta última hace parte de la certeza del daño, toda vez que una posibilidad sin medición equivale a un daño eventual, que en nuestro ordenamiento está proscrito reparar. Esta exigencia también va encaminada a excluir las reparaciones sin fundamento científico que carezcan de sustento racional, que por “Solucionar problemas de equidad y justicia”, sus fundamentos son falacias de contenido especulativo.

Luego de medir la posibilidad de sobrevida o restablecimiento de la salud, con base en los criterios expuesto, es necesario valorar la oportunidad perdida, este paso consiste en tasar las indemnizaciones de perjuicios derivadas de la privación de la oportunidad, en la tipología de perjuicios convencionales al monto porcentual establecido conforme al numeral anterior, considerando oportuno citar lo expuesto por la doctrina estadounidense del enfoque proporcional que estima realizar esta valoración: “Bajo la regla de recuperación proporcional, los daños por la lesión o muerte del paciente se descuentan por el valor de la posibilidad de que la negligencia del médico haya destruido” y esta se halla “multiplicado el porcentaje de oportunidad perdida por la cantidad total de daños producidos por la muerte o lesión”.(Dickhoff v. Green, 2013).

Siendo necesario acudir a las matemáticas para determinar el valor económico de los perjuicios derivados de la pérdida de la oportunidad, sin embargo esto no basta para determinarlos, pues cada caso puede comportar diferentes perjuicios según se hayan presentado

las circunstancias, debiendo el juez analizar concretamente de cara a la valoración del material probatorio obrante en el proceso, conforme a la sana crítica y a la razonabilidad, con esto deberá definir los perjuicios y tasar la indemnización conforme a la fórmula expuesta por el criterio de proporcionalidad:

$$\text{_____ \% x \$ _____} = \$ \text{_____} \text{ (Wurdeman, 2014)}$$

Finalmente, en cuanto a la pérdida de la oportunidad surge la necesidad de sentar una posición jurisprudencial derivada de su relevancia jurídica y ausencia de criterio unívoco en torno a su reparación, pues como se expuso ampliamente, la jurisprudencia y doctrina nacional e internacional no ofrece un mínimo consenso que redunde en seguridad jurídica para las víctimas, victimario y/o operador judicial. De acuerdo con análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado se identificó ausencia de consistencia en sus decisiones, toda vez que para unos magistrados la pérdida de la oportunidad es un criterio de imputación y para otros una categoría de perjuicio autónomo divagando en su cuantificación y ausencia de regla, vulnerando gravemente los principios a la igualdad, seguridad jurídica, y debido proceso constitucional.

Por lo tanto, en gracia a lo expuesto, se conmina al Honorable Consejo de Estado a hacer uso de la prerrogativa legal establecida en los artículos 270 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, y emitir una sentencia de unificación que acoja los criterios anteriormente expuestos relativos a la adopción de una posición razonable para reparar la pérdida de la oportunidad en la prestación del servicio médico asistencial del Estado.

## Conclusiones

El tratamiento jurisprudencial otorgado por el Consejo de Estado a la pérdida de oportunidad en casos de responsabilidad médica presenta unas marcadas fluctuaciones de postura que desencadenan en un grave vaivén e incertidumbre en su tratamiento y reconocimiento judicial, incluso no existe certeza a cuál elemento de la responsabilidad administrativa corresponde su naturaleza, pues como se evidenció de la prueba aplicada a providencias de la Corporación, algunos impartidores de justicia lo tratan como criterio de imputación, y otros como categoría de perjuicio autónomo divagando en su forma de cuantificación, generando violación a la igualdad, seguridad jurídica, y debido proceso constitucional. Sin embargo, del rastreo exhaustivo que se realizó de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre pérdida de la oportunidad en servicio médico asistencial, se puede evidenciar que la posición dominante, se fundamenta en la reparación proporcional al porcentaje de probabilidades cercenadas aplicado a las categorías tradicionales de perjuicios, replicado de manera unísona por la Sección Tercera - Subsección B.

En igual medida, a partir de la lectura de la doctrina y jurisprudencia comparada, se evidenció la ausencia de parámetro unívoco para determinar la adecuada reparación, defendiendo los autores la necesidad de acudir al criterio *judice*, postura que se comparte, pues se concluye que la pérdida de la oportunidad se compone de una construcción racional o inferencia lógica mediante un proceso deductivo, luego de acreditar la existencia de condiciones encaminadas a lograr sobrevida o recuperación, truncadas por la negligencia, impericia o falla en la prestación del servicio médico del Estado, existiendo siempre un elemento incierto en el logro del resultado.

Como propuesta razonable a la incertidumbre que suscita actualmente la pérdida de oportunidad, se trae a colación el enfoque proporcional o de la causalidad probabilística

("proportional approach" o "pure approach") extraído de la jurisprudencia de los Estados Norteamericanos, el cual se fundamenta en la determinación de la indemnización del perjuicio de acuerdo al porcentaje de pérdida acreditado en el proceso, lo que hace al victimario ajustar proporcionalmente su error y a la víctima ser compensada en la medida de su posibilidad acreditada, criterio que se considera razonable y equitativo, pues impide dejar sin reparación a quien no demuestre una probabilidad del 49% y enriquecer sin justa causa en este mismo porcentaje a quien demuestre una probabilidad del 51% al otorgarle una indemnización de perjuicios en su integralidad.

Finalmente se considera que para lograr criterios razonables y objetivos para la reparación integral del daño "Pérdida de Oportunidad", al que proponemos llamarlo daño de privación a la posibilidad de supervivencia o restablecimiento de la salud, debe identificarse plenamente en qué consiste este daño o mejor, bajo qué escenario se da en la responsabilidad médica Estatal, considerando que es el cercenamiento de la posibilidad concreta de supervivencia o restablecimiento de la salud por la violación a la *lex artis* en la prestación del servicio médico. Teniendo claro este concepto se debe acudir a un apoyo extralegal para medir la oportunidad perdida acudiendo a criterios técnicos, científicos o estadísticos acreditados en el proceso como medio probatorio para tal efecto. Una vez identificada y medida la oportunidad perdida, se mirarán las consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales de este daño de acuerdo con la clasificación tradicional de perjuicios en Colombia, para tasar las indemnizaciones o compensaciones respectivas; posición cercana a la asumida por la Sección Tercera Subsección B del Honorable Consejo de Estado.

Si haciendo uso de las ayudas extra jurídicas referidas, no se logra acreditar un porcentaje o un rango porcentual para medir la oportunidad perdida, será necesario acudir a la equidad, pero

con una carga argumentativa que permita deducir la fijación del porcentaje, del análisis de cada una de las circunstancias que rodearon el caso concreto; lo que se echó de menos en la lectura de las Sentencias del Consejo de Estado que emplearon este criterio, pues en la mayoría de los casos se fija un porcentaje 50% sin un precedente argumentativo que justifique dicho monto, haciendo arbitraria y caprichosa dicha tasación.

De tal suerte que hasta que no exista una Sentencia de Unificación que se encargue de fijar criterios razonables para indemnizar las consecuencias derivadas de la pérdida de la oportunidad, seguirá siendo el arbitrio judicial el que impere en tal sentido. Sin embargo se espera, que la alta Corporación de cierre de lo Contencioso Administrativo supere la discusión inane frente a la naturaleza de este daño y aborde de forma lógica, razonable y argumentada, la forma de indemnizar sus consecuencias patrimoniales o compensar las extrapatrimoniales, propendiendo por los principios de igualdad y seguridad jurídica.

Considerando para tal efecto, analizar los valiosos aportes de la doctrina y la Jurisprudencia Norteamericana del enfoque proporcional que le reconoce autonomía a este tipo de daño y fija pautas indemnizatorias conforme a las circunstancias que rodearon el caso y la acreditación del porcentaje de sobrevida o curación perdido, hallado conforme a criterios técnicos y científicos, los que podrán extraerse no solo de los aportados en el proceso, sino los que para el efecto sean expedidos por el Ministerio de Salud a través de sus guías médicas.

En este sentido se advierte necesario requerir al Ministerio de Salud, con el fin de que se expidan guías médicas y estadísticas, que orienten el arbitrio judicial en el caso concreto, permitiendo determinar cuál fue la vulneración a la Lex Artis, en la acción u omisión contraria a los procedimiento y protocolos, y el porcentaje de sobrevida o recuperación conforme al estado de salud que presentaba el paciente al momento de la ocurrencia del evento. Lo que servirá no

solo de criterio orientador en materia judicial, sino también como medio de prevención del daño antijurídico en el sentido de tasaciones exuberantes o desfasadas de perjuicios en materia de Responsabilidad Estatal.

## Referencias

- Active Citizenship Network. (2002). *Carta Europea de los Derechos de los Pacientes*. Roma.
- Alcoz Medina, L. (2009). la doctrina de la pérdida de oportunidad en los dictámenes del consejo consultivo de Castilla- La Mancha. reflexiones críticas. *Revista jurídica de Castilla, Versión 47*.
- Alcoz, L. M. (2007). *La teoría de la pérdida de la oportunidad*. Civitas, Madrid, España: Thomson Civitas.
- Alpa, G. (2006). *Nuevo Tratado de la responsabilidad civil (Trad. y notas de León L.Leyser)*. Lima: Ara Editores.
- Arseni, A. (15 de enero de 2015). *Leggioggi.it*. Obtenido de *Leggioggi.it*: <https://www.leggioggi.it/2015/01/15/danno-perdita-chance-regola-c-d-probabile-non-luce-dei-recenti-contributi-interpretativi/>
- Asensi Pallarés, E. (2013). La evolución de la Doctrina de la pérdida de la oportunidad en responsabilidad médica. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 228-239.
- Asua González, C. (2008). *Pérdida de la Oportunidad en la responsabilidad sanitaria*. Navarra: Thomson.
- Bal, B., & Lawrence H, B. (2014). Medicolegal Sidebar: The Law and Social Values: Loss of Chance. *Clinical Orthopaedics and Related Research*, 472.
- Berrocal Lanzarot, A. I. (2011). A propósito de la responsabilidad civil médica. La teoría de la pérdida de oportunidad y del resultado o daño desproporcionado. *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, 23-42.

- Botero, E. G. (2013). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Temis.
- Bueres, A. J. (1998). *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y Ley de Contrato de Trabajo*. Rosario: Vélez Sársfield.
- Buitrago Duque, J. A. (2007). *El daño Punitivo en la Responsabilidad civil*. Pereira: Litografía Moderna Digital.
- Burgarin, I. (17 de 04 de 2018). En Europa, entre el 8% y 12% de casos OMS. *El Universal*.
- Calvo Costa, C. A. (2012). El significado y las especies de daño resarcible. *Revista de Derecho de Daños* , 193-227.
- Ceballos Kinkert, L. (2016). *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil médica ¿un daño indemnizable en colombia?* Medellín: Universidad Eafit, Facultad de Derecho.
- Daza Lopez, N. L. (2009). Responsabilidad Extracontractual del Estado Por daños causados a las maternas en desarrollo de la actividad médica. *Ad Veritatem*, 134.
- Daza López, N. L. (2010). Responsabilidad extracontractual del Estado por daños causados a Las maternas en desarrollo de la actividad médica. *Iter ad Veritatem no7*, 127 A 138.
- De Cupis, A. (1975). *"El Daño. Teoría General de la Responsabilildad Civil"*. Barcelona: Bosh Casa Editorial S.A.
- De Siero, B. (15 de diciembre de 2017). *Responsabile Civile*. Recuperado de: <http://www.responsabilecivile.it/liquidazione-dei-danni-da-perdita-di-chance-di-sopravvivenza/>
- España, C. G. (02 de octubre de 2015). Procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas. Madrid.

Europeo, P. (18 de 12 de 2000). Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Niza: Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

Fèrot, A. (2013). The theory of loss of chance: between reticence and acceptance. *American University Law Review*, 591-624.

Frasca, R. R. (2009). Loss of chance rules and the valuation of loss of chance damages. *Journal of legal economics*, 87-100.

Gázquez Serrano, L. (2017). El daño en el ordenamiento jurídico español: ¿nuevos daños? Análisis jurisprudencial. *Revista ibero latinoamericana de Seguros*, 215-235.

Giraldo, L. G. (2011). *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*. Bogotá DC, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Gómez, H. D. (2010). *Estudio sobre las obligaciones*. Bogotá: Editorial Temis.

Gutierrez, V., & Gómez, S. (2018). "Pérdida de oportunidad" en la responsabilidad médica Estatal, entre el vaivén de la certeza y la incertidumbre. *Pluriverso*, 129.

Henao, J. C. (1998). *El Daño*. Bogotá: Universidad Externado.

Henao, J. C. (2012). El daño a la salud en Colombia-retos frente a su delimitación, valoración y resarcimiento. *Revista Digital de Derecho Administrativo Num. 8*, 8.

Henao, J. C. (2015). "Las Formas de reparación en la responsabilidad del Estado: Hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. *La Responsabilidad extracontractual del Estado ¿qué? ¿por qué? ¿hasta dónde?* Universidad Externado, 35.

- Herrera Montañez, D. A. (24 de 02 de 2016). *El daño y el nexo causal en la pérdida de oportunidad*. Obtenido de repository.urosario.edu.co:  
<http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/12539/EL%20DAN%CC%83O%20y%20EI%20NEXO%20CAUSAL%20EN%20LA%20PE%CC%81RDIA%20DE%20OOPORTUNIDA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Jaramillo, J. T. (2003). *Sobre la prueba de la culpa médica*. Bogotá: DIKE.
- Jaramillo, J. T. (2007). *Tratado de responsabilidad civil 2*. Bogotá DC, Colombia: Legis.
- Jefatura del Estado. (9 de Noviembre de 1995). Ley 30 de 1995. Madrid, España.
- Jhonson, V. R. (1999). *Studies in american tort law*. Carolina: Carolina Academic Press.
- Lajoie, B. (2015). Reopening the discussion of the loss of opportunity Doctrine in New Hampshire: A Look at decisions made in light of current times. *University of New Hampshire Review*, 50-62.
- Le Torneau, P. (2006). *La responsabilidad civil profesional*. Bogotá: Legis.
- Leubsdorf, J. (2016). The surprising History of the Preponderance Standard of Civil Proof. *Florida Law Review*, 1570-1617.
- Luna Yerga, A. (2005). Oportunidades perdidas: La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico sanitaria. *In Dret*.
- Martínez Rave, G. (1996). *Responsabilidad civil extracontractual en Colombia*. Medellín, Colombia: Dike.
- Martínez Rave, G. (2003). *Responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Temis.

- Martínez Sarrión, A. (1975). *De Cupis, Adriano, El daño. Teoría general de la responsabilidad Civil, Traducción de la 2ª Edición. Italiana y estudio preliminar*. Barcelona: Bosch Casa Editoria S.A.
- Ministerio de la Protección Social. (2009). *Guía para manejo de urgencias 3ra edición tomo i grupo atención de emergencias y desastres*. Bogotá DC.
- Moreno Escobar, A. (Octubre de 2013). La "Pérdida de Oportunidad", situaciones no previstas en Desarrollo del contrato médico. Bogotá: Universidad Santo Tomás de Aquino.
- Obando, B. S. (2016). *Responsabilidad médica por pérdida de oportunidad, análisis desde el bioderecho y la gerencia de la salud 2016*. Medellín: Jurídica Sánchez.
- Perez, A. M., & Maya, E. (2016). línea decisoria de la sala civil del tribunal superior de medellín en procesos de responsabilidad civil médica teniendo en cuenta las sentencias emitidas en el periodo comprendido entre los años 2012 y 2015. *Tesis de Grado*. Medellín: Universidad Eafit.
- Pinzón Muñoz, C. E. (2016). *La responsabilidad extracontractual del Estado, una teoría normativa*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.
- Posada, O. V. (2013). *Responsabilidad civil extracontractual* (Segunda Edición ed.). Bogotá DC, Colombia: Temis.
- Prévot & Chaia, J. y. (2007). *Pérdida de Chance de Curación*. Buenos Aires. Buenos Aires: Astrea.
- Prevot, J. M. (2008). *Daños y perjuicios*. Buenos Aires: La Ley.

Quijano, F. M. (Septiembre de 2013). La pérdida de una oportunidad (“chance”) en el derecho francés de la responsabilidad civil. *Revista Responsabilidad Civil y del Estado*, 55-76.

Quintero meza, M. Á. (2012). La responsabilidad patrimonial del estado por la falla en la prestación del servicio médico asistencial. acto médico defectuoso en las entidades de salud del estado. -una visión desde la doctrina y desarrollo jurisprudencial del consejo de estado. Bogotá DC.

Restrepo, S. Y. (2011). *La Responsabilidad Civil Médica, Octava Edición año 2011, Editorial Dike*, pág. 204.(Octava Edición ed.). Medellín, Colombia: Dike.

Robertson, D. W. (1997). The common Sense of cause in fact. *Texas Law Review*, 1765-1785.

Rodriguez, M. T. (2015). Pérdida de una oportunidad ¿Un perjuicio indemnizable en Chile? En: Encuentro Internacionalde Responsabilidad Civil Iarce. *Revista Iarce*, 32.

Sánchez López y Figueroa Cortés, P. Y. (s.f.). *Slideshare*. Recuperado de: <https://es.slideshare.net/neeeeeeeeeeerd/tesina-la-prdida-de-oportunidad-en-la-determinacin-de-la-responsabilidad-civil-mdica-en-chile>

Santofimio Gamboa, O. (2017). *Tratado de Derecho Administrativo, derecho de Víctimas y Responsabilidad del Estado*. Bogotá: Universidad Externado.

Saroyan, Z. T. (2002). The current Injustice or the loss of chance doctrine: An argument for a new approach to damages. *Cumberland Law Review*, 15-22.

Sociedad Española de Atención al Usuario de la Sanidad. (2010). *Estudio europeo de la Carta Europea de los Derechos de los Pacientes*.

Thorpe, K. E. (2004). The medical malpractice "crisis": Recent trends and the impact of State tort reform. *Health Aff*, 20-30.

Velásquez Posada, O. (2013). *Responsabilidad civil extracontractual*. Bogot: Temis.

Wurdeman, M. (6 de Junio de 2014). *loss-of-chance doctrine in washington: from herskovits to mohr and the need for clarification*. Recuperado de: <https://digital.law.washington.edu/dspace-law/bitstream/handle/1773.1/1353/89WLR603.pdf?sequence=1>

Yong & Rodriguez, S. (2011). Pérdida de la Oportunidad. *Revista Virtual Via Inveniendi Et Iudicandi*.

Ziviz, P. (17 de enero de 2017). *responsabile civile*. Obtenido de responsabile civile: <http://www.responsabilecivile.it/tag/perdita-di-chances/>

## **Jurisprudencia**

Corte Sprema de Justicia, S. d. (1941). Sentencia del 23 de abril de 1941. *Gaceta Judicial t XLI*, 786.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. (1937). Sentencia del 12 de marzo. *Gaceta Jurisprudencisl, Tomo XLIV*, 856.

Corte Suprema de Justicia, S. d. (1941). Sentencia del 23 de abril de 1941. *Gaceta Judicial, Tomo XLI*, 786.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (1922). Sentencia del 21 de julio. *Gaceta Jurispruudencial T.XXIX, núm.1515*, 220.

6477 (Consejo de Estado Sección Tercera 14 de febrero de 1992).

Expediente 7428 (Consejo de Estado, Sección Tercera 6 de mayo de 1993).

Consejo de Estado. (26 de abril de 1999). *Sentencia M.P. Ricardo Hoyos Duque.*

Consejo de Estado, 11943 (Jesús María Carrillo Ballesteros, Consejo de Estado, Sección Tercera 3 de mayo de 1999).

Consejo de Estado, 68001-23-15-000-1999-10755-01 (26 de abril de 1999).

Consejo de Estado. (15 de junio de 2000). *Sentencia M.P. María Elena Giraldo Gómez.*

Corte Constitucional. (29 de octubre de 2002).

Consejo de Estado. (6 de Septiembre de 2001). *Radicado 13.232-15646.*

Consejo de Estado. (29 de noviembre de 2006). *Sentencia M.P. Fredy Ibarra Martinez.*

Consejo de Estado. (31 de agosto de 2006). *Sentencia M.P. Ruth Estella Correa Palacio.*

Consejo de Estado, Referencia No 11.878 (Consejo de Estado, Sección Tercera 10 de febrero de 2000).

Consejo de Estado. (11 de agosto de 2010). *Sentencia M.P. Mauricio Fajardo Gómez.*

17042-3103-001-2005-00103-01, M.P William Namén (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil 2010 de Septiembre de 2010).

Sentencias de unificación N° 38.222 y 19.01 (Consejo de Estado, Sección Tercera 14 de Septiembre de 2011).

Consejo de Estado, Exp. 19001-23-31-000-1997-03715-01 (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Subsección A. C.P. Hernan Andrade Rincon 8 de junio de 2011).

Sentencia de Unificación M.P. Enrique Gil Botero, Expediente 19.031 (Consejo de Estado, Sección Tercera 14 de septiembre de 2011).

Sentencia M.P. Hernán Andrade Rincón, Expediente 19.360 (Consejo de Estado, Sección Tercera 8 de Junio de 2011).

88001-23-31-000-1998-00003-01(19755) (Consejo de Estado, Sección Tercera. MP Mauricio Fajardo 21 de marzo de 2012).

Consejo de Estado. (14 de marzo de 2013). *Sentencia M.P. Hernán Andrade Rincón.*

Sentencia, radicado 2004 000251 (Tribunal Superior de Medellín, Sala Civil 29 de agosto de 2013).

Sentencia M.P. Enrique Gil Botero, Expediente 25.869 (Consejo de Estado, Sección Tercera 24 de octubre de 2013).

Sentencia M.P. Hernán Andrade Rincón, Expediente 26577 (Consejo de Estado, Sección Tercera 14 de marzo de 2013).

Consejo de Estado. (28 de Agosto de 2014).

Consejo de Estado. (12 de noviembre de 2014). *Sentencia M.P. Enrique Gil Botero.*

Consejo de Estado. (5 de abril de 2017). *Sentencia M.P. Ramiro Pazos Guerrero.*

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. (5 de abril de 2017).

*Radicado número: 17001-23-31-000-20000-00645-01(25706).*

Sentencia de Unificación, aprobado mediante acta del 28 de agosto de 2014 Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales (Sala de lo Contencioso Administrativo sección Tercera 2014).

Sentencia MP Fernando Giraldo, Radicado 1101310302620020035801 (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil 21 de enero de 2014).

Tribunal Superior de Medellín, radicado 2009 00961 (Tribunal Superior de Medellín, Sala Civil 29 de abril de 2014).

Sentencia, Expediente 35116 (Consejo de Estado 1 de agosto de 2016).

Consejo de Estado, 25706 (5 de abril de 2017).

Consejo de Estado, 68001-23-31-000-1999-00880-01(39806) (Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P Stella Conto díaz del Castillo 3 de agosto de 2017).

Consejo de Estado, 85001-23-31-000-2010-00125-01(42289) (Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P Danilo Rojas Betancourth 14 de septiembre de 2017).

Consejo de Estado, 05001-23-31-000-2005-03194-01(42956) (Danilo Rojas Betancourth Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 05001-23-31-000-2005-03194-01(42956) 30 de noviembre de 2017).

Sección Tercera, 25.706 (Consejo de Estado 5 de abril de 2017).

STS 1096/2018 (Tribunal Supremo de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5a 20 de marzo de 2018).

Consejo de Estado de Colombia, 68001-23-31-000-2004-02444-01-(44740) (Consejo de Estado 5 de julio de 2018).

*Diccionario de Sinónimos*. (16 de abril de 2018). Obtenido de Diccionario de Sinónimos:  
<http://www.diccionariodesinonimos.es/dano/>

Sentencia, 43269 (Consejo de Estado 1 de marzo de 2018).

### **Jurisprudencia comparada**

Cooper v. Sisters of Charity, 272 N.E.2d 97 (Supreme Court of Ohio 20 de Julio de 1971).

Hamil v. Bashline, 392 A.2d 1280 (392 A.2d 1280 5 de octubre de 1978).

VanVleet v. Pfeifle, 9667 (Tribunal Supremo de Dakota del Norte 28 de febrero de 1980).

Sharp v. Kaiser Foundation Health Plan, 83CA1469 (Tribunal de Apelaciones de Colorado, Div. III. 27 de junio de 1985).

McKellips v. Saint Francis Hospital, 66636 (Corte Suprema de Oklahoma 21 de Julio de 1987).

Fennell v. Southern Maryland Hospital, 580 A.2d 206 (Court of Appeals of Maryland 9 de Octubre de 1990).

Fabio v. Bellomo, 504 N.W.2d 758 (1993) (Supreme Court of Minnesota 20 de Agosto de 1993).

Delaney v. Cade, Delaney v. Cade (Corte Suprema de Kansas 22 de abril de 1994).

United States V. Cumberbatch, 647 A 2d 1098 (Corte Suprema de Delaware 5 de Octubre de 1994).

Bishop v. Tri County Radiologists Ltd., 653 N.E.2d 421 (Illinois Court 1995).

Seale v. Gowans, O.2d1361 (Tribunal Supremo de Utah 1996).

Expediente 10.421 (Consejo de Estado, Sección Tercera 25 de Septiembre de 1997).

12499 (Consejo de Estado 13 de junio de 1997).

David Jorgenson and Laura Jorgenson, Plaintiffs and Appellants, v. Michael J. VENER, M.D.,  
Defendant and Appellee., 21896 (Supreme Court of South Dakota. 6 de february de  
2002).

Joshi v. Providence, 149P3d1164 (Tribunal Supremo de Oregon 2006).

Dickhoff v. Green, A11-0402 (Supreme Court of Minnesota 31 de Mayo de 2013).

Colpa medica, nesso causale tra fatto omissivo ed evento e differenza con il nesso causale  
penale, N.R.G. 515/2011 (Tribunale di Reggio Emilia 27 de febrero de 2014).

RJ 2007/166246 (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso  
Administrativo, sección 9a 20 de julio de 2006).

JUR 2003/265284 (Tribunal Nacional de España, Sala de lo Contencioso Administrativo,  
Sección 4a 29 de octubre de 2003).

JUR 2007/224055 (Tribunal de Justicia de Aragón 14 de noviembre de 2006).

RJ2007/4993 (Tribunal Supremo de España, Sala 3a, Sección Sexta 12 de Julio de 2007).

RJ 2007/2322 (Tribunal Supremo Español Sala 1a 17 de abril de 2007).

Recurso de Casación, 1822/2005 (Tribunal Supremo de España 9 de Junio de 2009).

RC 579/2011 (Tribunal Supremo de Madrid, Sala Contencioso Admistrativa, Sección 5a 19 de  
junio de 2012).

RC 2630/2014 (Tribunal Supremo, Sala Contencioso Administrativa Sección 5a 27 de enero de 2014).

RC 3724/2012 (Tribunal Supremo de Madrid 17 de Julio de 2014).

7195/2014 (Tribunale di Santa Maria Capua Vetere. 27 de 11 de 2014).

---