

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL PRECEDENTE DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN EL CAMPO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA *

Andrea Melissa Andrade¹, María Elena Caicedo Yela²

Fecha de recepción: 3 de abril de 2020

Fecha de aceptación: 23 de junio de 2020

Referencia: ANDRADE, Melissa. CAICEDO María Elena (2020). *Análisis jurisprudencial del precedente del Consejo de Estado sobre la pérdida de la oportunidad en el campo de la responsabilidad médica*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 6. Núm. 10. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex

RESUMEN: La *pérdida de oportunidad o pérdida de chance* (*perte d'une chance*), es una figura de origen extranjero, que ha sido adoptada en nuestro ordenamiento jurídico a nivel jurisprudencial. En este artículo analizaremos específicamente la línea trazada por el Consejo de Estado cuando aplica esta figura en los casos de falla médica, y el carácter que se da a la misma. Partiremos de la responsabilidad médica en Colombia, su concepto y los elementos para su estructuración, luego abordaremos el origen de la figura de la pérdida de oportunidad, así como la construcción conceptual y alcance de dicha figura, desde los extremos que abanderan el debate sobre su naturaleza jurídica: como daño autónomo y como herramienta de facilitación probatoria.

* Artículo presentado en mayor extensión como Trabajo de Grado para optar el título de Magister en Derecho Administrativo en la Universidad del Cauca.

1. Abogada titulada de la Universidad de Nariño. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Nariño. Especialista en Instituciones Jurídico-Procesales de la Universidad Nacional y Magister en Derecho Administrativo de la Universidad del Cauca.
2. Abogada titulada de la Universidad Cooperativa de Colombia. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Nariño y Magister en Derecho Administrativo de la Universidad del Cauca.

Por último, haremos un análisis de varias sentencias que ha proferido el Consejo de Estado en materia de pérdida de oportunidad por falla médica, para trazar la línea jurisprudencial que es la que permitirá dar respuesta a la pregunta planteada en este artículo. Esto, teniendo en cuenta que es cada vez más frecuente el uso de esta figura en procesos por falla médica contra la administración; por lo que resulta de gran importancia verificar si es aplicada con unanimidad de criterio por los operadores judiciales, en pro del principio de seguridad jurídica y derecho a la igualdad de los usuarios de la administración de justicia.

Palabras claves: Pérdida de oportunidad, falla médica, daño autónomo, facilitación probatoria, causalidad.

ABSTRACT: The loss of opportunity of loss of chance (*perte d'une chance*), it is a figure of foreign origin, which has been adopted in our legal jurisprudential level. In this article, we will analyze then, the line drawn by the state council regarding the application of this figure in cases of medical failure, and the character or treatment that has been given to it in this field. For this, we will start from the perspective of medical responsibility in Colombia its concept and the elements for its structuring, and then address the origin of the lost opportunity, its conceptual construction and scope from the extremes that will lead the debate on its juridical nature: On one hand, as autonomous damage and on the other, as evidence facilitation tool. Finally, we will make an analysis of the main sentences issued by the Council of State regarding the loss of opportunity due the medical failure, to draw the jurisprudential line that will allow the answer to the question posed in this article. The importance of this issue is that the use of this is increasingly common in processes due to medical failure against the administration; therefore, it is of great importance to verify whether or not it is applied unanimously by judicial operators, in favor of the principle of legal certainty, and the right to equality of the users of the administration of justice.

Key words: Loss of opportunity, medical failure, autonomous damage, evidentiary facilitation, causations.

INTRODUCCIÓN:

Con la Carta Política de 1991, se elevó a rango constitucional la función resarcitoria del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables a causa de la acción u omisión de sus agentes o autoridades públicas, bajo la premisa consagrada en artículo 90 de esta norma superior, siendo la ac-

ción de Reparación Directa (Ley 1437, 2011, art. 140)³, el medio de control legal idóneo para acceder a la administración de justicia a efectos de que se declare responsable administrativa y patrimonialmente al Estado y se indemnice a las víctimas por los daños antijurídicos sufridos.

En este contexto, una de las modalidades por la que más frecuentemente se condena al Estado, es la responsabilidad derivada de la prestación del servicio de salud o responsabilidad médica, que se ha mantenido en permanente desarrollo y evolución en el tratamiento de la jurisprudencia del Consejo de Estado, desde el título de imputación, que por regla general se focaliza en la falla de servicio, –la cual ha sido encasillada por regla general como una responsabilidad de orden subjetivo–, pasando por el daño, el nexo de causalidad y la cuantía o monto de indemnización, para citar unos ejemplos.

Siendo que el derecho administrativo en materia de responsabilidad estatal ha sido eminentemente de desarrollo jurisprudencial; su evolución ha sido influenciada por figuras y conceptos extranjeros que se han ido adaptando a nuestro ordenamiento de acuerdo a nuestra problemática social, cultural, económica y política.

Una de las figuras de creación jurisprudencial e influencia extranjera es precisamente, la denominada *pérdida de oportunidad o pérdida de chance* (*perte d'une chance*), la cual merece un particular análisis desde la perspectiva de su naturaleza jurídica, concepción e indemnización en el ámbito de la responsabilidad médica o de prestación del servicio público de salud en Colombia, pues, según la doctrina puede tener varias acepciones; una de ellas consiste en atribuirle el carácter de daño autónomo que debe ser reconocido y por ende, indemnizado cuando se configura, otra, según la cual, la pérdida de oportunidad, no puede ubicarse como un daño sino como una herramienta para resolver problemas de causalidad o probabilidad causal, y finalmente una mixta, según la cual, esta figura se ubica en los dos extremos, es decir, sirve tanto para establecer la certeza del daño, como para determinar el nexo causal a través de una causalidad real y no hipotética.

En cualquiera de estos casos y en relación con la falla en el servicio médico o de salud, se presentan dificultades prácticas para determinar tanto el grado e intensidad del daño causado frente a la expectativa probable de curación o supervivencia del paciente, como respecto a la propia certeza sobre el nexo de causalidad de la misma con la acción u omisión del

3. Estatuida en Colombia a partir de la Ley 167 de 1941 (Art. 68 y concordantes), posteriormente en el Decreto 01 de 1984 CCA (art. 86) y actualmente en la Ley 1437 de 2011 - CPACA (art. 140).

agente estatal y por ende, en la ponderación de tal concepto a la hora de establecer la respectiva indemnización.

De forma concomitante con este panorama doctrinal, cabe señalar que la determinación y aplicación de la pérdida de la oportunidad, no ha sido pacífica en la Jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo, de ahí que su estudio resulta relevante para el derecho de daños en materia de la responsabilidad médica en Colombia, por lo que con el presente trabajo, pretendemos reconocer la naturaleza jurídica de la pérdida de oportunidad en este ámbito, a la par con los criterios que el Consejo de Estado ha venido aplicando para establecer su tipología y configuración, cuando resuelve demandas por responsabilidad médica, esto es, si su postura ha sido darle el tratamiento de daño autónomo o por el contrario, de herramienta de facilitación probatoria para establecer el nexo de causalidad o si existe una postura intermedia u otra diferente que aplique la Alta Corporación, además cuál de ellas es la posición predominante e igualmente cómo influye ese criterio en la cuantificación de la indemnización ante una eventual condena.

Para lograr el objetivo, abordaremos la temática en tres capítulos. El primero, partiendo de una introducción general de la responsabilidad médica en Colombia, su concepto y los elementos para su estructuración, con el fin de explorar la conceptualización del nexo de causalidad y del daño, en cuyas categorías, reside la controversia de ubicación jurisprudencial de la pérdida de oportunidad.

En el segundo capítulo, haremos referencia al origen de la figura de la pérdida de oportunidad, seguidamente se analizará la construcción conceptual y alcance de dicha figura, desde los extremos que abanderan el debate sobre su naturaleza jurídica, que consideramos son el eje de nuestro trabajo, el primero, sobre la pérdida de la oportunidad como herramienta de facilitación probatoria y la segundo como daño autónomo.

Por último, en el tercer capítulo, haremos un análisis de las más emblemáticas sentencias que ha proferido el Consejo de Estado en materia de pérdida de oportunidad, desde el año 1999, en el que según los archivos físicos de la Relatoría de este Alto Tribunal, parte en Colombia la evocación de esta figura, para trazar hacia adelante la línea jurisprudencial marcada durante casi 20 años sobre la misma, citando los pronunciamientos más relevantes que constituyen hitos y establecen posturas a favor de la pérdida de oportunidad como daño autónomo o como una herramienta de facilitación probatoria, resaltando un pronunciamiento del año 2017, donde identificamos la sentencia arquimédica, que es la que permitirá dar respuesta

a la pregunta planteada en este trabajo, para conocer cuál es la posición dominante en el Consejo de Estado sobre la aplicación de esta figura.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

¿Cuál es el precedente trazado por el Consejo de Estado en materia de tratamiento de la figura de la pérdida de la oportunidad en los eventos de responsabilidad médica, como daño autónomo o como herramienta para establecer el nexo de causalidad?

1. RESPONSABILIDAD MÉDICA Y LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

El estudio de la pérdida de oportunidad (*perte d'une chance*) en el campo de la salud, permite valorar como se verá más adelante, las implicaciones a nivel de la responsabilidad estatal y las consecuencias indemnizatorias de aquella conducta médica negligente, tardía o constitutiva de falla que si bien no produjo el resultado final “muerte o lesiones del paciente” le restó la oportunidad de sobrevivir o de recuperarse.

No obstante, se reafirma que el tratamiento de esta figura no ha sido pacífico en la jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo, pues, ha resultado controversial, a la hora de definir la responsabilidad del Estado y establecer indemnizaciones a su cargo por este concepto, en tanto, para unos autores su aplicación se finca en el daño, mientras que para otros en el plano de la causalidad, de ahí que es importante examinar si esta figura puede ser aplicada con unanimidad de criterio por los operadores judiciales como garantía de seguridad jurídica y tratamiento igualitario en casos similares.

Para abordar este tema, partimos entonces, del esquema de estructuración jurisprudencial de la responsabilidad médica en Colombia, la cual, según lo ha reiterado el Consejo de Estado (1998a) ésta se configura cuando concurren como elementos necesarios: “la falla del servicio, consistente en la irresponsabilidad, el descuido y la omisión por parte de los médicos; un perjuicio cierto y determinado, y la relación de causalidad entre la falla y el perjuicio” (s.p.).

Dado que la falla de servicio médico ha sido encasillada por esencia en el régimen de responsabilidad subjetivo, siendo un elemento estructural la relación de causa y efecto entre éste, y la culpabilidad de la Administración; el nexo causal no puede estar ausente, como sucede en el caso de la responsabilidad de orden objetiva para que nazca la función resarcitoria del Estado, de ahí que surge la duda sobre si la pérdida de oportunidad revalúa este concepto, en cuanto a si ¿debe concurrir necesariamente el

requisito del nexo de causalidad para la propia configuración de la pérdida de oportunidad? o si solo resuelve el nexo de causalidad cuando el mismo no aparece claramente materializado?, y en cuanto, cómo concepción de daño, si cumple o no con la característica de ser un daño cierto? como lo exige el derecho de daños en nuestra legislación, o, contrariamente se trata de un daño incierto o hipotético?, por contener un elemento de incertidumbre respecto a la ventaja o provecho que se pudo obtener o perjuicio que se pudo evitar.

1.1. Origen y antecedentes de la teoría de la pérdida de oportunidad (*perte d'une chance*)

Al respecto, encontramos que el principal referente sobre el origen de la figura de la pérdida de oportunidad se remonta al derecho francés entre finales de siglo XIX y principios del XX, en cuanto el autor Francesco Donato Buselli, sostiene que es “una invención made in France” (como se citó en Asensi y Luna, 2013, p. 230), en donde ha recibido tratamiento como daño autónomo a partir del fallo del caso Guilbot del 5 de enero 2000, abandonando la teoría del todo o nada, pues en este caso no se indemniza el daño final sino proporcionalmente el daño intermedio (C.E, 5 de enero de 2000, Cts. Tella et AP-HP c/M. Guilbot, rec., p. 5. Concl. D. Chauvaux, 2000, p. 137). (como se citó en Consejo de Estado, 2017a, p. 14)

Posteriormente, fue promulgada en Inglaterra (*Loss of a chance of recovery*), y seguidamente, fue introduciéndose en otros ordenamientos jurídicos, tales como en España en donde si bien, en su origen se vinculó directamente con el nexo de causalidad, en los últimos años ha sufrido una evolución, vinculándose con en el aspecto de la *lex artis*, como elemento de la antijuridicidad (Asensi y Luna, 2013, p. 239).

En Latinoamérica, se inició en Argentina, en donde se encuentra legislado como daño al contemplar en el artículo 1739 del CC que “(...) La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador” luego en Colombia como se verá en adelante y recientemente en Chile, en donde es valorado como daño, tomando como factores esenciales para medirlo: el carácter irreversible de la enfermedad, la posibilidad de paliar el dolor y la existencia de posibilidades de prolongar la vida (Tapia, 2012, p. 261).

En el caso de Colombia, la aplicación de la figura pérdida de oportunidad ha sido acogida desde el plano jurisprudencial, tanto por la notable influencia del derecho francés como por la observación de su alcance, en

el Derecho Comparado. Para los autores Serrano y Tejada (2014), fue a partir del estudio de la Responsabilidad por omisión en materia médica que la jurisprudencia del Consejo de Estado, empieza abordar la figura de la pérdida de oportunidad en esta área, cuando se restan probabilidades de recuperación o sobrevida del paciente, en casos, tanto de falta de atención como de prestación de servicio de salud ineficiente.

1.2 Concepto de la pérdida de oportunidad según la Doctrina

Sobre la construcción conceptual y alcance de dicha figura, abordamos la concepción doctrinal desde los dos extremos que abanderan el debate sobre su naturaleza jurídica, que consideramos son el eje de nuestra investigación, así:

1.2.1. Tesis causalidad

Desde la tesis de Causalidad, se define la pérdida de la oportunidad como una institución jurídica que se presenta cuando la relación entre el hecho del agente y el daño no es de correspondencia directa, es decir, cuando el nexo causal se torna difuso; y es en este escenario, donde cobra el valor como herramienta que permite aclarar o presumir a partir de un cálculo de probabilidades que tal relación de correspondencia es directa, dando paso a que opere la reparación (Medina, como se citó en Consejo de Estado, 2010b, exp. 18593).

Entre los principales autores que sostienen que la pérdida de oportunidad es una técnica de facilitación probatoria respecto de la causalidad, encontramos a Luis Medina Alcoz, Álvaro Luna Yerga, Javier Tamayo y Enrique Gil Botero para quien la pérdida de oportunidad sirve como instrumento para determinar en qué porcentaje contribuyó una omisión o acción en la producción de un puntual daño antijurídico (muerte o lesiones).

1.2.2. Tesis del Daño autónomo

Sobre la concepción de la pérdida de oportunidad como daño, encontramos como principales exponentes los autores François Chabas, Giraldo Gómez y Jorge Mayo para quienes la pérdida de oportunidad es una forma especial de perjuicio, ya que el perjuicio no es la *ventaja esperada* (ejemplo: ganar un proceso), sino la pérdida de la oportunidad de obtener esa ventaja que se espera (François Chabas, 2000).

En materia de responsabilidad médica esta tesis se aplica cuando la acción u omisión del agente estatal le resta al paciente la oportunidad de evitar un desmedro de su salud o de mejorar su condición clínica, situación que respecto a su concepción como daño cierto, no ha sido pacífica en

la Jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo, en tanto, el sector de la doctrina contrario, lo estigmatiza de ser un daño hipotético que bordea las características del eventual o incierto por el elemento de la incertidumbre relativo a la posibilidad de mejoría o sobrevida del paciente.

Sin embargo, esta tesis, se inclina por indemnizar no el daño final como lesión o muerte del paciente, sino la oportunidad cierta que tenía en cuanto a su recuperación o sobrevida.

2. LÍNEA JURISPRUDENCIAL DEL CONSEJO DE ESTADO

El diseño de nuestra línea jurisprudencial parte del problema jurídico que nos planteamos en el sentido establecer: ¿Cuál es el precedente trazado por el Consejo de Estado en materia de tratamiento de la figura de la pérdida de oportunidad en los eventos de responsabilidad médica, como herramienta para establecer el nexo de causalidad o como daño autónomo?

Abarcamos, aquí un primer periodo: a partir del año de 1999 hasta mediados del año 2000. En el que se adopta en Colombia la figura de la pérdida de oportunidad en el campo de la responsabilidad médica como herramienta para establecer el nexo de causalidad y posteriormente, un Segundo Período que va desde mediados del año 2000 con la Sentencia de la C.P. María Giraldo Gómez de junio 15 de 2018, con Tendencia Prevalente sobre la concepción de esta figura, por parte del Consejo de Estado como daño autónomo, con desviaciones intermitentes frente a la tesis contraria, marcadas especialmente por la posición del CP Enrique Gil Botero.

2.1. Sobre el Primer Período 1999 a 2000

Encontramos la *Sentencia Fundadora de línea jurisprudencial*, con el fallo de la *Sección Tercera del 28 de enero de 1999 C.P. Germán Rodríguez, (expediente 15314)*, en la medida en que posibilitó la introducción y desarrollo de esta figura en la actividad médico-sanitaria estatal (1999a).

En esta sentencia se toca de manera incipiente el concepto de pérdida de oportunidad, para tener por configurado el nexo de causalidad, pues, aunque el Consejo de Estado admite que no está probado que la culpa o falla hubiera sido la causa del daño, parte de la omisión de la IPS demandada en la práctica de algunos exámenes médicos prescritos al paciente en cuanto ello impidió un diagnóstico oportuno de la enfermedad, pese a existir según el médico tratante cuatro hipótesis sobre la muerte del paciente y de reconocer la incertidumbre de que ante un diagnóstico oportuno, se hubiese realmente evitado el resultado dañino-muerte del paciente. Concluyó la Sala que, si bien, no existió certeza en cuanto a que de haberse realizado un tratamiento oportuno el paciente no hubiera muerto pues

nunca se tuvo un diagnóstico definitivo de la enfermedad que padecía, sí lo es en cuanto a que el retardo de la entidad le restó oportunidades de sobrevivir.

En este caso, se valoró la muerte como daño final para condenar por el 100 por ciento del valor de las pretensiones, tomando entonces la pérdida de oportunidad como elemento para resolver la causalidad. Este pronunciamiento fue criticado por la doctrina, en tanto aquí se debió, o bien haber absuelto por ausencia de prueba del nexo causal, o siendo consecuentes con la aplicación de la pérdida de la oportunidad, se debió reducir el monto indemnizable.

Siguiendo la misma tesis, *el 26 de abril de 1999, el Consejo de Estado con ponencia del consejero Ricardo Hoyos Duque (expediente 10755), emite una sentencia reiteradora de línea sobre el tratamiento de la figura de la pérdida de oportunidad como instrumento para solucionar problemas de causalidad, en un caso similar y bajo el mismo criterio antes reseñado (1999b).*

Igualmente, el 3 de mayo de 1999 se emite una sentencia reiteradora de línea con ponencia del mismo Consejero Dr. Ricardo Hoyos Duque, expediente 11169, en la que citó la aplicación de la figura de la pérdida de oportunidad para dar por probado el nexo causal en un caso en el que una menor quedó parapléjica después de habersele practicado una biopsia de médula espinal, puesto que consideró que aunque la menor presentaba problemas sensitivos en sus extremidades inferiores antes de ingresar al Instituto Nacional de Cancerología, se movilizaba por sí misma y que después de dicha intervención no volvió a caminar (Consejo de Estado, 1999c)

Para Tamayo (2007) en este pronunciamiento, el Consejo de Estado al efectuar las consideraciones para decidir condenar a la entidad demandada, por el total del daño causado, acude a dos figuras excluyentes entre sí para dar probado el nexo causal, cuales son la probabilidad preponderante y la pérdida de oportunidad, pues, de una parte, da por probado el nexo causal a partir de la alta probabilidad de que la intervención quirúrgica hubiese sido la causa del daño en el paciente..., siendo que la probabilidad preponderante consiste en dar por demostrada la relación de causalidad en un supuesto específico sin necesidad de exigir plena prueba o certeza absoluta de la misma, por bastar la existencia de la probabilidad de ocurrencia en la relación de causa y efecto, sin embargo, al continuar con el análisis, indica que persiste una falta de certeza en cuanto a que si no se hubiese realizado la mencionada intervención médica, aquella no hubiese quedado inválida; por lo que para sortear esta aparente indeterminación

causal, decide finalmente contrastar tales elementos de incertidumbre y probabilidad, aplicando como remedio o solución la figura de la pérdida de oportunidad a fin de concluir que dicho procedimiento si le restó la oportunidad de mejorar su situación física.

Se evidencia adicionalmente en este fallo, que al emplear dicho concepto, como instrumento de solución de la llamada incertidumbre causal entre la falla de servicio y el daño final, es decir, al aplicarla como remedio de la relación causal, la Alta Corporación de lo Contencioso ordena indemnizar a la parte actora el 100% de los perjuicios de orden moral, fisiológico y material en la modalidad de lucro cesante; decisión que se considera tiene lugar, en que lo que se está reparando es el daño final –invalidéz de la menor–, y no el daño intermedio, es decir, la oportunidad que tenía de no agravar su condición de salud.

Cabe señalar además, que respecto al referido contraste de elementos de la aparente incertidumbre causal y/o la relación de probabilidad del daño con dicha causa, aparece dilucidado por Luna (2005), como criterio de aplicación de la figura de la pérdida de oportunidad en sede del nexo causal, al indicar que eventualmente se pueden llegar a presentar 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 existe 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. (Luna, 2005, p. 1)

2.2. Segundo Periodo: 2000-2018. Tendencia Prevalente del Consejo de Estado de la pérdida de oportunidad como daño autónomo en el campo de la responsabilidad médica, con desviaciones intermitentes frente a la tesis contraria.

Un viraje total de la concepción de la pérdida de la oportunidad en el campo de la responsabilidad médica, hacia el terreno del daño, se da con la *Sentencia del 15 de junio de 2000, C.P. María Elena Giraldo Gómez*, expediente 12548, pues, en esta ocasión deja de valorarla como remedio de la imputación fáctica o del nexo causal y lo hace como la afectación en sí misma de la oportunidad perdida, con la anotación especial de que al momento de fallar decide reducir la indemnización ordenada en primera instancia en un 60%, en consideración a la proporcionalidad de este tópico, sin profundizar en el método de su ponderación.

Con este pronunciamiento, el Consejo de Estado (2000) establece el nexo de causalidad a partir de la prueba indiciaria y empieza a independizarlo de la aplicación de la pérdida de la oportunidad para redireccionarla hacia el terreno del daño, evidenciando una aparente diferenciación en la concepción del daño final con respecto al intermedio, el primero traducido en la muerte del paciente y el segundo relacionado con la oportunidad que tenía de recuperarse, sin determinar hasta el momento, el método de tasación de dicho perjuicio o porcentaje de indemnización.

Igualmente con la sentencia del 14 de junio de 2001 de la misma CP María Elena Giraldo, expediente 13006, se reitera el criterio señalado con la sentencia anterior, sin embargo, se destaca que el mismo resulta importante sobre la perfilación de la pérdida de oportunidad dentro de la esfera del daño, puesto que el Consejo de Estado opta por tenerlo presente en su tipificación como daño intermedio y su consiguiente tasación proporcional, dado que lo que aquí se indemniza no es el daño final –muerte del paciente–, sino la situación de haberse restado la posibilidad de mejoría, por cuya razón, se considera que no puede implicar una indemnización plena (Consejo de Estado, 2001a).

El 8 de noviembre del mismo año 2001, se emite una sentencia reconceptualizadora de línea, de la pérdida de oportunidad en el plano del daño, con Ponencia del Dr. Ricardo Hoyos Duque, expediente 13617, quien anteriormente se inclinaba por tesis contraria, y en este caso, niega las pretensiones de la demanda, por no ver configurada la pérdida de oportunidad, puesto que el paciente no tenía probabilidad real o cierta de sobrevivir, pues, la patología que padeció de trombo embolismo pulmonar masivo constituía un hecho súbito e impredecible según el médico legista, y por ende señaló que no se daban aquí los criterios trazados por el tratadista François Chabas para su configuración, implementándolos como reglas de configuración de la pérdida de oportunidad esto es:

1. Se requiere que la víctima haya tenido una oportunidad, en este caso de sobrevivir. “El áleas no es la misma cosa que el riesgo” y b) la oportunidad debe existir, ser real y no meramente hipotética (Consejo de Estado, 2001b).
2. Que por culpa del agente se haya perdido esa oportunidad. Por lo tanto, no puede hablarse de pérdida de oportunidad cuando se desconoce la causa de la pérdida de la ventaja, causa que pudo ser la culpa del agente. “Está entonces prohibido, sobre todo, recurrir a la teoría de la pérdida de una oportunidad cuando el médico no ha hecho más que aumentar un riesgo” (Consejo de Estado, 2001b).

3. Cuando el perjuicio es la pérdida de una oportunidad de sobrevivir, el juez no puede condenar al médico a pagar una indemnización igual a la que debería si él hubiera matado realmente al enfermo. El juez debe hacer que la reparación sea proporcional al coeficiente de oportunidades que tenía el paciente y que éste ha perdido... Se examina cuántas oportunidades tenía el paciente de no sufrir este otro perjuicio; se calcula la indemnización según esas oportunidades, pero tomando como base la suma que habría servido para indemnizar por la muerte o por la pérdida cierta de cualquiera otra 'ventaja esperada' (Consejo de Estado, 2001b).

En síntesis, como no se acreditó el vínculo causal entre la falla del servicio de la administración y la muerte de la paciente o la pérdida de la oportunidad de su sobrevivencia, se confirmó el fallo recurrido (Consejo de Estado, 2001b).

Seguidamente, se observa una Sentencia reiteradora de línea, con el fallo del 24 de enero de 2002 C.P, Jesús María Carrillo Ballesteros; expediente 1706, mediante el cual, el Consejo de Estado declaró administrativamente responsable al Hospital Militar Central, de los daños y perjuicios ocasionados a Luis Alfredo Sánchez, con motivo de la pérdida de oportunidad representada en la omisión a comunicarle los riesgos de la intervención médico-quirúrgica que le fue practicada el 13 de mayo de 1993. En este fallo indicó que la pérdida de oportunidad como daño, puede concebirse como un perjuicio actual o futuro, pero que en todo caso para tomarse como criterio de indemnización debe ser cierto y no eventual, tal y como se indicó en sentencia anteriormente reseñada.

La pérdida de la oportunidad de curarse o de sobrevivir se toma en consideración a su existencia, en tanto que si ella es apenas eventual no será tenida como reparable.

En el caso sub análisis, la oportunidad habría consistido, no en curarse, sino en no agravarse y mantenerse en el estado en que se encontraba, y que los demandantes valoran como superior a aquel en que el paciente quedó luego de la intervención a la cual fue sometido sin la suficiente ilustración sobre el grave riesgo que corría.

Respecto a la indemnización, la Sala, en aplicación del principio de arbitrio judicial, considera justo y proporcional reconocer el 50% del perjuicio causado. Evidencia la reiteración del criterio de tasar el daño por pérdida de oportunidad de forma diferente al daño final, es decir, de forma proporcional a este concepto y no de manera plena, acudiendo en esta ocasión al principio de *arbitrio judicial*, es decir, a discreción del operador judicial, debido a la ausencia de reglas que delimiten esta clase de ponderación.

Para el año 2004, se profiere otra sentencia reiteradora de línea, que apunta a fortalecer las características de la pérdida de oportunidad como daño cierto, propiciando a futuro la determinación jurisprudencial de los presupuestos constitutivos de su materialización. Hacemos referencia al pronunciamiento emitido por el Consejero Germán Rodríguez Villamizar en la Sentencia del 21 de abril del año 2004, expediente 13741, quien a pesar de ser el ponente de la sentencia fundadora de línea, que aplicaba dicha figura para solucionar problemas de causalidad, ahora en este caso, aboga por la tesis contraria, indicando que el reconocimiento de la pérdida de oportunidad como daño cierto, se encuentra sujeto a las probabilidades de recuperación de la víctima, al señalar:

La Sala considera que si bien, como se indicó en la prueba pericial obrante en el expediente, que no puede afirmarse que de haberse efectuado la intervención quirúrgica en forma oportuna y de haberse proporcionado desde el momento del ingreso del paciente al hospital, la atención de urgencias que requería para tratar la lesión (G) no habría muerto, si se encuentra probado que tal circunstancia le coartó la posibilidad de recuperación y supervivencia, ya que según se anotó en el informe médico, la oportuna aplicación del procedimiento médico a seguir en esos casos reduce la mortalidad de un 35% a un 6%. De manera que al paciente (G) se lo privó de la oportunidad de la recuperación que, según los dictámenes obrantes en el proceso, habría sido mayor en el evento de haber atendido pronta y adecuadamente al lesionado. (Consejo de Estado, 2004, s.p.).

En este recorrido, se encuentra también la sentencia reiteradora de línea del 31 de agosto de 2006 C.P. Ruth Stella Correa Palacio; expediente 15772, mediante la cual el Consejo de Estado (2006) estableció que la pérdida de oportunidad como modalidad del daño, siguiendo los postulados de François Cabas, se edifica a partir de un elemento estructural, el cual es el de que la probabilidad de mejoría o supervivencia del paciente, debe ser real o debe haber existido, pues, no debe ser hipotética, de tal suerte que no puede utilizarse esta figura para solucionar problemas de causalidad.

En este sentido, el Consejo de Estado decidió en esta oportunidad, confirmar la sentencia del Tribunal Administrativo de Santander el 10 de diciembre de 1997 que negó las pretensiones de la demanda, en tanto, no se logró acreditar que el paciente tenía una probabilidad real de mejoría o supervivencia, cuyo criterio como ya se dijo antes, constituye según este fallo, una pieza estructural de la pérdida de oportunidad en el plano del daño.

El 26 de marzo del año 2008, igualmente el Consejo de Estado profirió una trascendental sentencia C.P. Ruth Stella Correa Palacio, expediente 15725, confirmando el fallo de primera instancia del Tribunal Adminis-

trativo del Tolima del 10 de agosto de 1998, en el sentido de negar las pretensiones de la demanda, porque no se logró acreditar que el paciente tenía efectivamente una probabilidad real de sobrevivencia o mejoría. A pesar de que este pronunciamiento reitera los criterios de estructuración de la pérdida de oportunidad como daño, que se venían referenciado en providencias anteriores; se considera que constituye una sentencia hito reconceptualizadora de línea, pues, sienta las siguientes subreglas que deberán tenerse en cuenta para efectos del reconocimiento e indemnización de esta figura, a partir de los postulados de François Chabas y Javier Tamayo Jaramillo como se citan a continuación:

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

Conforme a los criterios jurisprudenciales y doctrinarios desarrollados sobre el tema, puede llegarse a la conclusión de que para que proceda la responsabilidad patrimonial del Estado por “pérdida de oportunidad” en materia de responsabilidad médica, se requiere acreditar:

- (i) *Que la entidad obligada a brindar el servicio médico requerido incurrió en una falla del servicio por haber omitido el cumplimiento de su obligación o haber brindado el servicio de manera tardía o inadecuada. (...)*
- (ii) *Que la persona que demandó el servicio médico tenía serias probabilidades de recuperar o mejorar su estado de salud, con una adecuada y oportuna intervención médica, porque el daño, en este tipo de eventos no es la muerte, la invalidez, la incapacidad, sino la frustración de la probabilidad de conservar la vida o recuperar la salud, si se hubiera prestado al paciente un tratamiento oportuno y adecuado.*
- (iii) *Que la falla del servicio médico frustró esa probabilidad.* Debe quedar establecido el nexo causal entre la falla médica y la pérdida de la oportunidad que tenía el paciente de curarse, porque si se establece que la causa del daño fue la condición misma del estado del paciente y no la omisión o error médico, no hay lugar a considerar que existió pérdida de oportunidad. Por eso, la Sala viene insistiendo de manera reciente en que la pérdida de oportunidad no es un suceso para la solución de los problemas que surjan en relación con la demostración del nexo causal.
- (iv) *El monto de la indemnización estará determinado por las posibilidades concretas que en términos porcentuales podía tener la persona de recuperar o mejorar su salud.* (Consejo de Estado, 2008, s.p.). (Cursiva fuera del texto original).

Como puede observarse, este fallo resulta de gran importancia en la construcción de la pérdida de oportunidad en la modalidad del daño, pues, sienta importantes parámetros para demarcar esta naturaleza jurídica, en la medida en que exige como *conditio sine qua non*, primero, la probabilidad real de curación o supervivencia del paciente, que es propiamente el daño que se ve materializado como fuente de la facultad resarcitoria del Estado, segundo, la existencia de una falla e imputación directa en cabeza de la atención médico sanitaria con incidencia en la frustración de dicha probabilidad y tercero, la relación causal entre estos, cuyos elementos dan lugar a una reparación proporcional a ese daño, esto es, al porcentaje de probabilidad de recuperación o sobrevida del paciente, de ahí que entonces, no resulte viable utilizar dicha tesis para solucionar problemas de imputación fáctica con el daño final verbi gratia muerte o lesión del paciente.

2.3. Posición Contraria al daño autónomo - Salvamento de Voto C.P. Enrique Gil Botero: Modifica línea de forma intermitente

Pese a la posición jurisprudencial del Consejo de Estado que desde el año 2001 tiende a ubicar a la pérdida de oportunidad en el campo del daño; la tesis contraria que con anterioridad a esa vigencia la conceptualizaba como instrumento de solución del nexo de causalidad, reaparece en esta ocasión, de forma intermitente, con la postura del Consejero Enrique Gil Botero, quien frente a la sentencia del primero (1) de octubre de 2008, C.P. Miriam Guerrero, expediente 17001 realiza un salvamento de voto – *modificador de línea* – en el sentido de indicar que la responsabilidad médica atribuida a la entidad demandada Hospital Departamental de Buenaventura, debido al fallecimiento de la paciente por hemorragia postparto causada principalmente por la falta de unidades de sangre, debió imputarse en el plano del nexo de causalidad a título de pérdida de oportunidad y no por falla de servicio.

El Consejero Enrique Gil Botero, plantea el salvamento de voto, apartándose completamente de esta decisión, señalando que en el caso concreto, no existió una falla del servicio total, pues, la atención brindada por el cuerpo médico y paramédico a la señora Anatilde Cuero, fue oportuna e idónea; sin embargo, no sucedió lo propio en lo que respecta a la obligación del centro hospitalario de contar con un banco de sangre, que habría permitido transfundir a la paciente y, de esta manera, brindarle una expectativa mayor de recuperación o salvación, es decir, que la condena no debió impartirse a título de falla de servicio plena sino de causalidad bajo la pérdida de oportunidad, indicando el siguiente análisis:

Según los anteriores planteamientos, es claro que la falta de sangre en el asunto *sub lite*, representó una pérdida de una oportunidad de salvación para la señora Anátilde Cuero de Lafaux, la cual se estima, según lo que se desprende de los elementos de convicción que obran en el proceso, en un porcentaje del 50%. Lo anterior, en tanto el suministro de sangre, de manera oportuna, hubiera podido enervar la producción del resultado, si se traza un curso causal probable en relación con la materialización del resultado (Consejo de Estado, 2008b, exp. 17001) “se le privó de una oportunidad que, en una específica proporción que sólo se puede establecer desde el punto de vista científico, hubiera podido evitar el resultado.” (Consejo de Estado, 2008b, exp. 17001).

Con fundamento en este argumento central, el Magistrado Gil Botero considera que: la Sección debe redefinir el contenido y alcance que hasta el momento se le ha dado a la *pérdida de oportunidad*, entendida como el instrumento más útil para la fijación de estándares de indemnización cuando existen aminoramientos en el trayecto causal a efectos de imputar un determinado daño antijurídico (Consejo de Estado, 2008b, exp. 17001).

En una primera mirada a este salvamento, se podría apreciar una lectura tajante en pro de determinar la pérdida de oportunidad como instrumento para solucionar problemas del curso causal, sin embargo, se puede advertir del texto resaltado, que también se incurre en una discordancia en su concepto, cuando se señala que al no haberse brindado a la paciente el tratamiento necesario, se privó a la paciente de una oportunidad, luego entonces, en el mismo salvamento de voto parece asemejarse o acercarse tal figura no sólo al nexo de causalidad sino también al contexto del daño.

2.4. Sentencia consolidadora de línea: pérdida de oportunidad como daño autónomo

A partir de la sentencia hito de 11 de agosto de 2010 (exp. 18593), se reencausa la tesis de la pérdida de oportunidad en el plano del daño, señalando de forma relevante que constituye un daño autónomo, luego de analizar un caso en el que una persona producto de unas lesiones provocadas por un tercero, es llevada a un hospital, en el que no le practican los exámenes correspondientes por encontrarse en estado de embriaguez, muriendo horas más tarde. En esta sentencia se desarrolla de manera conceptual lo que se entiende por pérdida de oportunidad, haciendo un análisis de esta figura desde la doctrina y la jurisprudencia tanto nacional como extranjera hasta esa fecha, convirtiéndose en la *sentencia consolidadora de línea* en la jurisprudencia del Consejo de Estado, respecto a la noción de la pérdida de la oportunidad que la define como un daño autónomo, distinguiendo claramente el daño intermedio del daño final e identifica los

siguientes requisitos para que pueda considerarse existente la pérdida de oportunidad como daño indemnizable en un caso concreto, así:

- (i) Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio, lo cual significa que esta modalidad de daño da lugar a un resarcimiento a pesar de que el bien lesionado no tiene la entidad de un derecho subjetivo –pues se trata de un mero interés legítimo, de la frustración de una expectativa, sin que ello suponga que se trata de un daño puramente eventual–, siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente” de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes⁴ (Consejo de Estado, 2010, exp. 18593).
- (ii) Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento, vale decir, la probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en indebida; lo expuesto se antoja lógico en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el *chance* aún no estaría perdido y nada habría por indemnizar; por tanto, si bien se mantiene la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir la ganancia o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido definitivamente del patrimonio –material o inmaterial– del individuo porque dichos resultados ya no podrán ser alcanzados jamás (Consejo de Estado, 2010, exp. 18593).
- (iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugna-

4. A este respecto se ha sostenido que

(...) la chance u oportunidad, es una posibilidad concreta que existe para obtener un beneficio. El incierto es el beneficio pero la posibilidad de intervenir es concreta, pues existe de forma indiscutible. Por eso sostenemos que existe daño jurídicamente indemnizable cuando se impide esa oportunidad o esa chance: se presenta el daño... Las dificultades pueden presentarse en la evaluación, porque lógicamente ésa no puede ser la del beneficio que posiblemente se habría obtenido sino otra muy distinta. (Consejo de Estado, 2010, exp. 18593)

En similar sentido, Trigo Represas señala que:

[E]n efecto, si la chance aparece no sólo como posible, sino como de muy probable y de efectiva ocurrencia, de no darse el hecho dañoso, entonces sí constituye un supuesto de daño resarcible, debiendo ser cuantificada en cuanto a la posibilidad de su realización y no al monto total reclamado. La pérdida de chance es, pues, un daño cierto en grado de probabilidad; tal probabilidad es cierta y es lo que, por lo tanto, se indemniza (...) cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por el responsable, pudiendo valorársela en sí misma con prescindencia del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad”. (Trigo, 2008, p. 263)

ba, posición jurídica que “no existe cuando quien se pretende damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida” (Consejo de Estado, 2010b, exp. 18593).

En este pronunciamiento se hace un análisis de la doctrina que enmarca la pérdida de oportunidad como una técnica de facilitación probatoria respecto de la causalidad, que se utiliza en casos de incertidumbre causal; haciendo una crítica a dicha posición y señalando que la noción de pérdida de oportunidad no puede constituirse en un mecanismo que posibilite la declaración de responsabilidad del demandado en ausencia de acreditación del vínculo causal entre el hecho dañino y la ventaja frustrada o el detrimento sufrido por la víctima, de suerte que se condene –con apoyo en la figura en cuestión– a reparar la totalidad del provecho que ya no podrá obtenerse por el perjudicado a pesar de no haber sido establecida la causalidad. De igual manera hace referencia a la diferencia que existe entre la probabilidad preponderante o determinante y la pérdida de la oportunidad.

En cuanto a la indemnización del daño, el Consejo de Estado (2010b) señala, que como 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, se acude al criterio de la equidad, contemplado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, señalando claramente que no se pronunciaría sobre los perjuicios materiales solicitados porque no se trataba de indemnizar el daño final (muerte del paciente) sino la pérdida de la oportunidad. Sin embargo, ordena indemnizar también el perjuicio moral, (Consejo de Estado, 2010b, exp. 18593)

El criterio citado, *es reiterado* en varias sentencias que condenan con fundamento en la pérdida de oportunidad como modalidad del daño, tales como la sentencia de 25 de agosto de 2011 del Consejo de Estado (2011 exp. 19718), así como en sentencia de 26 de enero de 2012 (exp. 21726).

2.5. Variación intermitente de la pérdida de oportunidad como daño autónomo hacia la sede del plano de causalidad - Sentencia modificadora de línea. C.P. Enrique Gil Botero

Siguiendo con el análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado, se tiene de manera intermitente, la tesis del Consejero de Estado Enrique Gil Botero, quien es partidario de la posición contraria, la que ubica la figura de la pérdida de oportunidad como herramienta de facilitación probatoria del nexo causal, tal como lo evidencian sus argumentos en el salvamento de voto en la sentencia de 1º de octubre de 2008, ya citado, que luego se incorpora en la sentencia de 24 de octubre de 2013, en la cual se resolvió el caso de una persona que a raíz de un accidente de tránsito que lesionó

su pie derecho, fue llevado al hospital y después de varios días solicitó su alta de manera voluntaria, acudiendo a otra clínica en la que se le diagnosticó gangrena gaseosa, cuyo único tratamiento fue la amputación de su extremidad (Consejo de Estado, 2013). En este asunto aplica la figura de la pérdida de la oportunidad porque la atención no fue oportuna.

Dentro de las consideraciones establece los siguientes criterios, que según su posición se deben tener en cuenta para la aplicación de la figura de la pérdida de la oportunidad:

- (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 (Consejo de Estado, 2013).
- (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 (Consejo de Estado, 2013).
- (c) Como quiera 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 daño⁵, la función del operador judicial, 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 el perjuicio no puede ser total ante la falta de certeza⁶. Ante la ausencia de elementos y criterios técnicos o científicos en la determinación del porcentaje que representa la oportunidad perdida

5. Al respecto se ha dicho:

(...) En este trabajo la doctrina de la pérdida de la oportunidad se entiende como una teoría de causalidad probabilística (probabilistic causation), conforme a la cual, en los casos de incerteza causal mencionados, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación o de supervivencia, consideradas a la luz de la ciencia médica, que deben ser indemnizadas. En tal caso, es posible condenar al facultativo por el daño sufrido por el paciente pero se reduce el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido igualmente de haber actuado aquel diligentemente. (Luna, como se citó en Consejo de Estado, 2013, s.p.)

6. Se menciona en la Sentencia:

La Chance es la posibilidad de un beneficio probable futuro que integra facultades de actuación del sujeto, conlleva un daño aun cuando pueda resultar dificultosa la estimación de su medida. En esta concurrencia de factores pasados y futuros, necesarios y contingentes existe una consecuencia actual y cierta. A raíz del acto imputable se ha perdido una chance por la que debe reconocerse el derecho a exigir su reparación. La doctrina aconseja efectuar un balance de las perspectivas a favor y en contra. Del saldo resultante se obtendrá la proporción del resarcimiento (...). La indemnización deberá ser de la chance y no de la ganancia perdida” Tanzi, Silvia. La reparación de la pérdida de la chance. (Vásquez, como se citó en Consejo de Estado, 2013, s.p.)

frente al daño padecido, el juez deberá recurrir a la equidad, en los términos del artículo 16 de la Ley 446 de 1998⁷ (Consejo de Estado, 2013).

- (d) Toda vez que no existe una explicación de la causalidad absoluta, en estos eventos, la forma de indemnizar la pérdida de la oportunidad, deberá ser proporcional al porcentaje que se le restó al paciente con la falta o retardo de suministro del tratamiento, intervención quirúrgica, procedimiento o medicamento omitido⁸, frente a cada uno de los perjuicios reconocidos por la jurisprudencia y con base en los montos y criterios fijados en la misma (Consejo de Estado, 2013).

Consideramos que esta sentencia se constituye en la *hito modificadora de línea*, por cuanto a pesar de señalar que no solamente considera la pérdida de la oportunidad como un perjuicio independiente, sino como figura que permite definir problemas de imputación, en aquellos eventos en que no existe prueba suficiente del nexo causal entre la actuación y el daño, considerando en consecuencia, que el análisis de esta figura debe realizarse en sede de la imputación fáctica, su argumentación la encamina principalmente a la incertidumbre del nexo causal, sin embargo, es claro en señalar que deben existir unas probabilidades en cuanto al mejoramiento o recuperación de la persona que deben ser analizadas con criterios científicos y técnicos, para determinar el porcentaje de dichas probabilidades y con fundamento en los mismos determinar el monto de la indemnización que corresponderá al mismo porcentaje con referente a la indemnización que se condenaría por daño final.

2.6. Regreso a la pérdida de oportunidad como daño autónomo, y reiteración de línea

La posición mayoritaria en la Sección Tercera del Consejo de Estado ha avalado la tesis sentada por el consejero Mauricio Fajardo en la sentencia

7. A este respecto se tiene que: "Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales" (Consejo de Estado, 2013, s.p.).

8. Y así:

El daño viene así constituido por la oportunidad de curación o supervivencia perdida a consecuencia de la actividad médico-sanitaria establecida en función de la experiencia común (daño intermedio) y no por los totales perjuicios sufridos por el paciente (daño final), con los cuales resulta en todo punto imposible establecer un nexo de causalidad debido a los umbrales de certeza determinados en cada caso (...) Con todo, la evolución jurisprudencial y doctrinal comparada del principio de la pérdida de oportunidad ha transformado este instrumento procesal, que nació para aligerar la prueba de la causalidad, en una teoría sobre la calificación o determinación del perjuicio que permite tener por acreditado un daño puramente hipotético. Es frecuente, por tanto, el estudio de este principio en sede de daño y no en sede de causalidad. No obstante, parece evidente que si la noción de pérdida de oportunidad se vincula con el perjuicio, entonces se vuelve inseparable de la condición de 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. (Luna, como se citó en Consejo de Estado, 2013, s.p.)

de 11 de agosto de 2010, *reiterando* el concepto de pérdida de oportunidad como modalidad de daño autónomo, como por ejemplo en la sentencia de 12 de febrero de 2014 (Consejo de Estado, 2014a, exp. 34.125), reiterando los criterios expuestos en sentencias del 11 de agosto de 2010.

Reparación de la Posición contraria pero intermitente de la pérdida de oportunidad como técnica de imputación del nexo causal - Sentencia Modificadora de línea C.P. Enrique Gil Botero.

Nuevamente con ponencia del consejero Ponente Enrique Gil Botero, en sentencia de 12 de noviembre de 2014, *reitera los criterios establecidos en la sentencia de 24 de octubre de 2013* de su misma ponencia (Consejo de Estado, 2014b, exp. 29595).

En cuanto a la indemnización de perjuicios, igualmente la realiza por los conceptos establecidos en la sentencia que reitera, acudiendo a criterios de equidad determina el porcentaje de pérdida de oportunidad del 50% cifra que usa de criterio para la cuantificación de los montos a indemnizar.

2.8. Regreso y Reiteración de la Pérdida de oportunidad como daño autónomo

En sentencia de 5 de marzo de 2015 (Consejo de Estado, 2015, exp. 34921), así como en sentencia de 1º de agosto de 2016 (Consejo de Estado, 2016, exp. 35116), *reiteran la línea* de la figura de la pérdida de oportunidad como daño autónomo, condenando a la entidad con fundamento en el criterio de equidad.

2.9. Sentencia arquimédica y reconceptualizadora de línea sobre la pérdida de oportunidad como daño autónomo e indemnización y cuantificación de perjuicios por este concepto

En la sentencia de 5 de abril de 2017, se hace un análisis de la figura de la pérdida de la oportunidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado, tanto de la tesis de la causalidad probabilística como de la que la considera daño autónomo, reafirmando la posición mayoritaria asumida por la Sección Tercera de considerar la pérdida de oportunidad como daño autónomo (Consejo de Estado, 2017a), sin embargo, redefine los requisitos para que se pueda estructurar el daño por pérdida de la oportunidad así:

1. Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado. Es necesario establecer que, en efecto, el titular de la expectativa legítima se encontraba, para el momento en que ocurre el hecho dañino, en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de evitar un perjuicio indeseado. La oportunidad debe encontrarse en un espacio caracterizado por no existir certeza de que su resultado

habría beneficiado a su titular, pero tampoco en el que sólo exista la conjetura de una mera expectativa de realización o evitación. Si se tiene certeza sobre la materialización del resultado final, no es posible hablar del daño consistente en la pérdida de oportunidad sino de la privación de un beneficio cierto, o si se trata de una mera conjetura o ilusión, tampoco habría lugar a la configuración de una oportunidad por no tener la intensidad suficiente para convertirse en una probabilidad razonable de alcanzarse o evitarse⁹ (Consejo de Estado, 2017^a, exp. 25706).

2. Certeza de la existencia de una oportunidad. En segundo lugar se debe constatar que, en efecto, existía una oportunidad que se perdió. La expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente” de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondiente¹⁰ (Consejo de Estado, 2017^a, exp. 25706).

-
9. Sobre este tema, Giraldo (como se citó en Consejo de Estado, 2017a):

El requisito de la “aleatoriedad” del resultado esperado es el primer elemento que debe establecerse cuando se estudia un evento de pérdida de la oportunidad. Este requisito constituye un elemento *sine qua non* frente a este tipo de eventos, lo que explica que sea, tal vez, la única característica estudiada con cierta profundidad por la doctrina. // Para comenzar el estudio de este requisito es prudente comprender el significado del concepto “aleatorio”, el cual, según la definición dada en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se utiliza para referirse a algo que depende de un evento fortuito (...) Esta condición de la ocurrencia de eventos futuros es trasladada al campo de la pérdida de la oportunidad, campo en el que, como se ha indicado, la materialización del beneficio esperado es siempre incierta debido a que la misma pende para su configuración del acaecimiento de situaciones fortuitas, de un alea, que, como tal, no permite saber si lo esperado se va a producir o no. Es por ello que la persona efectivamente sólo tiene una esperanza en que dicha situación se produzca, para obtener así ese beneficio o evitar la pérdida. Incluso, para algunos autores, el alea es una característica de hecho de la noción de la pérdida de la oportunidad, de tal manera que la víctima debe estar en una posición donde sólo tiene unas esperanzas para obtener lo que buscaba. // Ahora bien, ese alea o evento fortuito del cual depende la ventaja esperada está representado en la verificación de múltiples factores que pueden llevar a la realización de esa esperanza. Así sucede en el caso de un enfermo que tiene una mera expectativa de recuperar su salud, lo cual no sólo va a depender de un tratamiento adecuado sino también de su respuesta al mismo, de su idiosincrasia, de un evento de la naturaleza, etc., motivo por el cual, y a pesar de que reciba un tratamiento adecuado, no se podrá afirmar con certeza si el resultado se habría o no conseguido (...) Debe, entonces, verificarse, en todos los eventos que se pretenda estudiar como supuestos de pérdida de pérdida de la oportunidad, si la ventaja esperada dependía de un evento fortuito, esto es, si pendía de un alea, pues en caso contrario no podrá seguirse con el estudio de los otros elementos de la figura, en atención a que no se tratará de un caso de pérdida de la oportunidad. (exp. 25706)

10. Al respecto, Martínez y Martínez (como se citó en Consejo de Estado, 2017a) sostienen:

La chance u oportunidad, es una posibilidad concreta que existe para obtener un beneficio. El incierto es el beneficio pero la posibilidad de intervenir es concreta, pues existe de forma indiscutible. Por eso sostenemos que existe daño jurídicamente indemnizable cuando se impide esa oportunidad o esa chance: se presenta el daño (...) Las dificultades pueden presentarse en la evaluación, porque lógicamente ésa no puede ser la del beneficio que posiblemente se habría obtenido sino otra muy distinta. (exp. 25706)

Por otra parte Trigo (como se citó en Consejo de Estado, 2017a) señala que:

En efecto, si la chance aparece no sólo como posible, sino como de muy probable y de efectiva ocurrencia, de no darse el hecho dañoso, entonces sí constituye un supuesto de daño resarcible, debiendo ser cuantificada en cuanto a la posibilidad de su realización y no al monto total reclamado. // La pérdida de chance es, pues, un daño cierto en grado de probabilidad; tal probabilidad es cierta y es lo que, por lo tanto, se indemniza (...) cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por el responsable, pudiendo valorársela en sí misma con prescindencia del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad. (exp. 25706)

3. Pérdida definitiva de la oportunidad. Es indispensable que se tenga la certeza de que la posibilidad de acceder al beneficio o evitar el perjuicio fue arrancada definitivamente del patrimonio –material o inmaterial– del individuo tornándola en inexistente, porque si el beneficio final o el perjuicio eludido aún pendiera de la realización de una condición futura que conduzca a obtenerlo o a evitarlo, no sería posible afirmar que la oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún lograda o evitada y, por ende, se trataría de un daño hipotético o eventual¹¹ (Consejo de Estado, 2017^a, exp. 25706).

Finalmente, si bien en la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado proferida el 11 de agosto de 2010, se dijo que uno de los requisitos para que pueda considerarse existente la pérdida de oportunidad como daño indemnizable es que “la víctima [se] encuentre en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado”, en esta sentencia considera que este elemento debe ser replanteado argumentando que el estado de idoneidad de la víctima no es un elemento del daño de la pérdida de oportunidad sino un criterio de análisis de la imputabilidad y, por ende, su estudio se aborda al momento de dilucidar la atribución del daño de pérdida de oportunidad (Consejo de Estado, 2017^a, exp. 25706).

En cuanto a la indemnización del daño y su cuantificación, en esta sentencia, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado consideró procedente sistematizar unos parámetros mínimos que de modo pedagógico e ilustrativo permitan orientar al juez en la fijación de su cuantía, con el fin de crear un ambiente de igualdad y seguridad jurídica, en beneficio además de las partes que concurren al proceso.

Adicionalmente, en esta providencia, el consejero ponente reconsidera su posición plasmada en anteriores sentencias¹² y argumenta que el alcance restrictivo de las indemnizaciones por pérdida de oportunidad al

11. Giraldo (como se citó en Consejo de Estado, 2017a) afirma:

A este respecto, la doctrina colombiana presenta este presupuesto en los siguientes términos: La imposibilidad de obtener la ventaja esperada es un (sic) característica sin la cual no puede solicitarse una indemnización por “pérdida de la oportunidad”, por lo cual tanto la jurisprudencia y (sic) como la doctrina acogen esta exigencia sin ningún tipo de discusión. // Ello es así por cuanto si todavía el resultado esperado puede ser alcanzado, la oportunidad no estaría perdida y, en consecuencia, no habría nada que indemnizar. (...) Pensar de manera diferente sería tanto como admitir que una persona que sigue viva y puede aún ser curada por su médico pudiese demandar a un profesional sobre el supuesto de haber perdido la posibilidad de sobrevivir; o el cliente que todavía tiene la posibilidad de que su abogado presente un recurso judicial para hacer efectivos sus derechos, solicitara la indemnización por la pérdida del proceso judicial. Estas situaciones contrastan con el sentido final de la aplicación de esta figura e irían en contravía del principio que exige la existencia de un daño para poder reclamar una reparación // No hay necesidad de hacer mayores elucubraciones para dar por sentado que la característica analizada debe ser corroborada en todos los procesos en los que se solicita la reparación de la pérdida de una oportunidad. (exp. 25706)

12. Como, por ejemplo, la Sentencia de 5 de marzo de 2015.

estar circunscrita a un rubro diferente de los perjuicios materiales e in-materiales o clasificada en un tipo único de perjuicio, encierra en algunas ocasiones, el desconocimiento del principio de la reparación integral y, en otras, el de enriquecimiento sin causa, por lo que elabora un baremo para poder cuantificar de forma equitativa y justa los casos de pérdida de oportunidad en materia de salud, estableciendo los siguientes parámetros:

- (i) La estimación de la indemnización no solo será menor a la que procedería si se indemnizara el perjuicio final, es decir, la muerte o la afectación a la integridad física o psicológica, sino proporcional al porcentaje de posibilidades que tenía la víctima de sobrevivir o de mejorar sus condiciones de salud (Consejo de Estado, 2017^a, exp. 25706).
- (ii) La expectativa se cuantificará en términos porcentuales, ubicada en un espacio oscilante entre dos umbrales, esto es, inferior al 100% y superior al 0%, ya que por tratarse de una probabilidad no podría ser igual o equivalente a ninguno de los dos extremos (Consejo de Estado, 2017^a, exp. 25706).
- (iii) No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad como un perjuicio independiente que deba ser resarcido por fuera del concepto de perjuicios materiales –daño emergente y lucro cesante–, inmateriales –daño moral y daños a bienes constitucionales y convencionales– y daño a la salud, reconocidos por la Corporación, puesto que hacerlo conduciría a desconocer el principio de la reparación integral¹³ (Consejo de Estado, 2017^a, exp. 25706).
- (iv) No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad por el porcentaje de probabilidades que resulten de la acreditación del vínculo causal entre la falla y el daño final, habida cuenta de que la pérdida de oportunidad constituye una fuente de daño cuya reparación depende de lo probado en el proceso. (Consejo de Estado, 2017^a, exp. 25706).
- (v) El porcentaje de probabilidades de la expectativa legítima truncada debe establecerse a través de los diferentes medios de prueba que

13 Sobre el particular, Giraldo (como se citó en Consejo de Estado, 2017a) asevera:

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 realizara 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”. (exp. 25706)

obran en el proceso –regla general–. Ahora, si no se puede determinar dicho porcentaje de la pérdida de oportunidad –perspectiva cuantitativa–, pese a encontrarse acreditado el daño antijurídico cierto y personal –perspectiva cualitativa–, deberá el juez, tal como lo ha señalado la doctrina¹⁴, bien sea a) declarar en abstracto la condena y fijar los criterios necesarios para que, mediante un trámite incidental, se realice su cuantificación, o bien b) acudir a criterios de equidad¹⁵, eje rector del sistema de reparación estatal, –artículo 230 de la Constitución Política y 16 de la Ley 446 de 1998¹⁶–, a fin de reparar en forma integral el daño imputable a los demandados¹⁷ (Consejo de Estado, 2017^a, exp. 25706).

(vi) 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 jurídicos¹⁸, en un 50%, el cual se aplicará para la liquidación de los perjuicios materiales e inmateriales (Consejo de Estado, 2017a, exp. 25706).

De conformidad con estos argumentos, consideramos esta sentencia para los fines de este trabajo como *arquimédica o punto de apoyo* e igualmente le atribuimos el carácter de sentencia *reconceptualizadora de línea*, por cuanto modifica los requisitos para que se configure la pérdida de la oportunidad en el campo de la responsabilidad médica establecidos en la sentencia de 10 de agosto de 2011 y establece criterios intentando su unificación para la indemnización y cuantificación de perjuicios por pérdida de

14. Refiriéndose a autores como Tamayo Jaramillo en su *Tratado de Responsabilidad Civil* (2007), Martínez Rave en su texto *La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia* (1989), o Juan Carlos Henao en *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés* (1998).

15. Valga recordar que la equidad como fundamento para cuantificar el perjuicio por la pérdida de oportunidad ha sido aplicado por esta misma sala en sentencias como la del 12 de julio de 2012, Rad. 15,024, C.P. Danilo Rojas Betancourt.

16. El Consejo de Estado (2017a) manifiesta: “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales” (exp. 25706).

17. Sobre el particular, se sostiene:

En casos de pérdida de oportunidad en materia de acceso a la administración de justicia, la Sala ha acogido igualmente criterios de equidad para calcular el porcentaje de la probabilidad pérdida. Al respecto, la Sala en sentencia del 31 de mayo de 2016, Rad. 38047, C.P. Danilo Rojas Betancourt conoció de la pérdida de oportunidad con ocasión de una declaratoria de prescripción de la acción civil y consideró de acuerdo con las pruebas que obraban en el proceso que la expectativa que tenía la parte civil de que se le resarciera pecuniariamente en el proceso judicial estaban calculadas en un 75%. En similar sentido se puede consultar la sentencia de la Subsección B del 31 de mayo de 2016, Rad. 38267, C.P. Danilo Rojas Betancourt. (Consejo de Estado, 2017a, exp. 25706)

18. En este sentido, el Consejo de Estado (2017a) recuerda que

La sentencia No. 948 del 16 de enero de 2011 proferida por la Sala Civil del Tribunal Supremo de España, M.P. Seijas Quintana, considera que, ante la ausencia del porcentaje de probabilidades truncadas, para casos de defecto de información médica, se debe fijar la cuantía en un factor de corrección aproximado del 50% a la cuantía resultante, esto es, reducir a la mitad la indemnización resultante del total del perjuicio valorado. (exp. 25706)

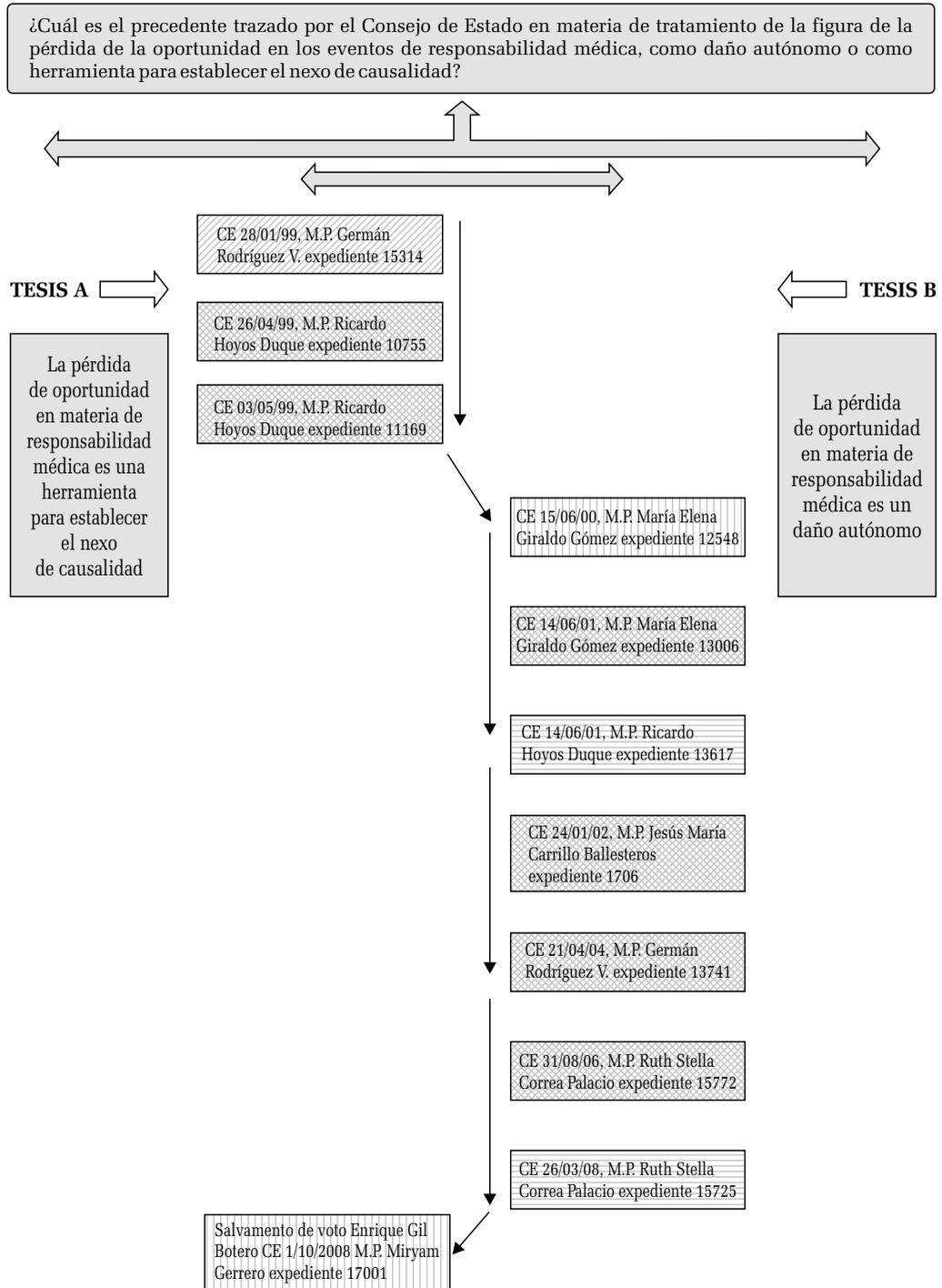
oportunidad, tomando como referencia para la liquidación de perjuicios morales, los topes indemnizatorios indicados en la tabla de unificación jurisprudencial establecida por el Consejo de Estado (2014c) en sentencia del 28 de agosto de 2014; aunque dichos criterios no han sido acogidos por la totalidad de la Sección Tercera del Consejo de Estado, manteniéndose como parámetros generales, los referidos en la sentencia consolidadora de 11 de agosto de 2010, tal como se evidencia a continuación:

En la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, si se da aplicación a los criterios de cuantificación de indemnización, tal como se evidencia en sentencia de 30 de noviembre de 2017 (Consejo de Estado, 2017b). Igualmente, en sentencia de 07 de febrero de 2018 del mismo consejero ponente, Ramiro Pazos Guerrero, respecto de la pérdida de oportunidad, sus elementos y los parámetros para la fijación de indemnización y cuantificación de perjuicios, el Consejo de Estado (2018a) reitera la postura trazada en la sentencia que hemos denominado como arquimédica.

Sin embargo, no sucede igual con la Subsección A de la Sección Tercera, en la que después de haberse proferido la sentencia de 5 de abril de 2017 de la Subsección B, se continúa indemnizando la pérdida de oportunidad sin tener en cuenta dichos parámetros. Así se puede observar en la sentencia de 30 de agosto de 2017, en la que condenó por pérdida de oportunidad reiterando los argumentos de la sentencia de 11 de agosto de 2010, en el sentido de considerarla como daño autónomo y la indemnización de perjuicios la realiza con fundamento en el criterio de equidad, sin hacer ninguna alusión a la referida sentencia de 5 de abril de 2017, ni establecer ningún parámetro o criterio para su tasación (Consejo de Estado, 2017c). En igual sentido la sentencia de 1º de marzo de 2018, reitera la noción de pérdida de oportunidad establecida en la sentencia de 11 de agosto de 2010 y en cuanto a la indemnización de perjuicios señala que se trata del daño autónomo de pérdida de oportunidad, por lo que no se reconocen perjuicios materiales como lucro cesante y modifica las sumas que se concedieron a título de perjuicios morales, para en su lugar concederlos a título de pérdida de oportunidad (Consejo de Estado, 2018b), sin hacer ninguna referencia a la sentencia de 5 de abril de 2017 de la Subsección B, fundamentando la liquidación del perjuicio en el principio de equidad.

A continuación, representamos en el gráfico, la línea jurisprudencial o mejor, el recorrido trazado por el máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa sobre el tratamiento y aplicación de la figura de la pérdida de oportunidad en el campo de la Responsabilidad Médica, en el marco del problema jurídico planteado, así (Figura 1):

Gráfico línea jurisprudencial





Indicativos:	
	SENTENCIA HITO FUNDADORA DE LÍNEA
	SENTENCIA HITO REITERADORA DE LÍNEA - NICHOS CITACIONAL
	SENTENCIA HITO MODIFICADORA DE LÍNEA
	SENTENCIA HITO RECONCEPTUALIZADORA DE LÍNEA
	SENTENCIA HITO CONSOLIDADORA DE LÍNEA
	SENTENCIA ARQUIMÉDICA - PUNTO DE APOYO

CONCLUSIONES

A partir de 1999¹⁹, el Consejo de Estado empezó a adoptar el concepto de la pérdida de oportunidad en el campo de la responsabilidad médica para tener por constatado el vínculo causal. A partir del año 2000 direccionó su enfoque a daño autónomo, consolidándose esta posición mediante sentencia de 11 de agosto de 2010, que se mantiene predominante hasta la fecha, con excepción de las posturas plasmadas por el ex Consejero Enrique Gil Botero en sus salvamentos de voto y sentencias.

Desde el año 2006 se venían esbozando los requisitos para la configuración de la pérdida de la oportunidad, que se establecieron expresamente en la sentencia consolidadora de 11 de agosto de 2010, siendo redefinidos en sentencia de 5 de abril de 2017 por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, sin embargo, en las Subsecciones A y C se siguen aplicando los criterios de la sentencia consolidadora.

A pesar de los requisitos establecidos para tener por configurada la pérdida de la oportunidad, se observa en las diferentes sentencias que no siempre se hace un estudio detallado y fundamentando desde la perspectiva de tales presupuestos, especialmente, en lo que concierne a la acreditación de la probabilidad real de recuperación o sobrevida del paciente, sobre la que debe existir certeza para su indemnización, pues se observa que en algunos casos, dicha probabilidad de recuperación se deduce de forma indiciaria o se infiere, sin existir prueba técnica que lo soporte. Por lo que a nuestro parecer, se termina aplicando incorrectamente este aspecto, ya que es en el ámbito de la causalidad, donde propiamente se han admitido

19. A través de las sentencias: Sentencia 28 de enero de 1999, consejero Ponente Germán Rodríguez Villamizar. Sentencia de 26 de abril de 1999, consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque. Sentencia de 3 de mayo de 1999, consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque.

conceptos como la prueba indiciaria o la probabilidad preponderante o determinante, para tener por configurado el nexo de causalidad de la falla de servicio médico, mas no el daño, que debe ser cierto y no eventual o hipotético, puesto que lo contrario, sería admitir como sostiene Luna (2005) que la pérdida de oportunidad se encuentra en el punto de la causalidad probabilística.

Del análisis de la línea jurisprudencial del Consejo de Estado, se tiene entonces que la tesis prevalente sobre la pérdida de oportunidad en el campo de la Responsabilidad Médica es considerarla un daño autónomo en la medida en que se ha privado al sujeto agraviado de una expectativa que ya se había incorporado a su patrimonio y de carácter presente, pues lo que se pretende indemnizar no son las ganancias que se habrían obtenido de haberse verificado la probabilidad, sino la privación de la chance misma; así, el daño viene constituido por la oportunidad de curación o supervivencia perdida a consecuencia de la actividad médico-sanitaria (daño intermedio) y no por los totales perjuicios sufridos por el paciente (daño final).

Pese a lo anterior, la pérdida de la oportunidad tiene un doble sentido, por un lado es utilizada para imputar responsabilidad al Estado cuando se evidencia una deficiente prestación de servicios de salud, que aunque no se pueda demostrar que ha sido la causa del daño final sufrido por un paciente, tampoco puede ser absuelta, por lo que este criterio, puede obedecer a un enfoque preventivo, para enviar un mensaje a las entidades y profesionales de la salud, con el fin de que la atención en salud sea más eficiente y humanizada, y de otro lado, cuando se concibe como el daño mismo, se indica que debe ser reparado a consecuencia de una omisión que le restó al paciente la probabilidad de recuperación o de sobrevida. Son partidarios de este concepto autores como Luis Guillermo Serrano Escobar y Claudia Patricia Tejada Ruiz, Enrique Gil Botero, Javier Tamayo.

Existe disparidad de criterios tanto en el daño que se debe indemnizar (Daño de pérdida de la oportunidad, daños materiales e inmateriales, daño a la salud), como en los criterios que se utilizan para su cuantificación cuando no existen criterios científicos o técnicos para su determinación lo que respecta a la indemnización (criterio de equidad artículo 16 de la Ley 446 de 1998, 50%, condena en abstracto). Esta variedad de criterios produce una percepción de injusticia, desigualdad e inseguridad jurídica en el tratamiento de casos fácticamente similares y cuya condena obedece al mismo concepto de pérdida de la oportunidad, pues se indemnizan con mayores o menores valores, sin establecer un criterio objetivo que lo justifique, indemnización que es en últimas, lo que persigue la mayoría de los demandantes que acuden al medio de control de reparación directa.

Bajo esta visión crítica, consideramos que el tratamiento, presupuestos de configuración y ponderación de la figura de la pérdida de oportuni-

dad como daño, respecto de sus elementos y su indemnización, requiere de la unificación de la Sala Plena o por lo menos de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en aras de propiciar un ambiente de seguridad jurídica en este terreno, solidificada sobre criterios que permitan recibir un tratamiento igualitario y no sometido a la equidad o arbitrio judicial, tal y como sucede con las demás categorías del daño definidas por el Consejo de Estado con sus respectivos topes indemnizatorios de reparación.

REFERENCIAS

- Asamblea Nacional Constituyente (1991, 20 de julio). *Constitución Política de Colombia de 1991*. Gaceta Constitucional No. 116 de la República de Colombia.
- Asensi, E., y Luna, I. (2013). La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica. *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (8), pp. 228-239.
- Chabas, F. (2000). La pérdida de la oportunidad (Chance) en el derecho francés de la responsabilidad civil. *Revista IARCE*, 8 (13), pp. 1-76.
- Colombia. Congreso de la República (2011, 18 de enero). Ley 1437 de 2011 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. Diario Oficial 47.956 de la República de Colombia. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (1998^a, 05 de febrero). Sentencia de 5 de febrero de 1998, exp. 13.337, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado. (1998b, 07 de mayo). Sentencia de 7 de mayo de 1998, exp. 10.397, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (1999a, 28 de enero). Sentencia de 28 de enero de 1999, exp. 15.314, C.P. Germán Rodríguez. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (1999b, 26 de abril). Sentencia de 26 de abril de 1999, exp. 10.755, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (1999c, 03 de mayo). Sentencia de 3 de mayo de 1999, exp. 11.169, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2000, 15 de junio). Sentencia del 15 de junio de 2000, C.P. María Elena Giraldo Gómez. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2001a, 14 de junio). Sentencia del 14 de junio de 2001, C.P. María Elena Giraldo Gómez. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2001a, 08 de noviembre). Sentencia del 8 de noviembre de 2001, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2002, 24 de enero). Sentencia del 24 de enero de 2002, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. Bogotá.

- Colombia. Consejo de Estado (2004, 21 de abril). Sentencia de 21 de abril de 2004, exp. 13741, C.P. Germán Rodríguez Villamizar. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2006, 31 de agosto). Sentencia del 31 de agosto de 2006, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2008a, 26 de marzo). Sentencia del 26 de marzo de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2008b, 01 de octubre). Sentencia del 1 de octubre de 2008, exp.17001, C.P. Myriam Guerrero de Escobar. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2010a, 28 de abril). Sentencia de 28 de abril del 2010, exp. 19474, C.P. Enrique Gil Botero. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2010b, 11 de agosto). Sentencia de 11 de agosto de 2010, exp. 18593, C.P. Mauricio Fajardo. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2011, 25 de agosto). Sentencia del 25 de agosto de 2011, exp. 19718, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2012, 26 de enero). Sentencia del 26 de enero de 2012, exp. 21726, C.P. Hernán Andrade Rincón. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2013, 24 de octubre). Sentencia de 24 de octubre de 2013, exp. 25869, C.P. Enrique Gil Botero. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2014a, 12 de febrero). Sentencia de 12 de febrero de 2014, exp. 34.125, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2014b, 12 de noviembre). Sentencia de 12 de noviembre de 2014, exp. 29595, C.P. Enrique Gil Botero. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2014c, 28 de agosto). Sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, C.P. Carlos Alberto Zambrano. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2015, 05 de marzo). Sentencia de 5 de marzo de 2015, C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2016, 01 de agosto). Sentencia de 1 de agosto de 2016, exp. 35116, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2017a, 05 de abril). Sentencia de 5 de abril de 2017, exp.25706, C.P. Ramiro Pazos. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2017b, 30 de noviembre). Sentencia de 30 de noviembre de 2017, C.P. Danilo Rojas Betancourth. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2017c, 30 de agosto). Sentencia del 30 de agosto de 2017, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2018a, 07 de febrero). Sentencia de 07 de febrero de 2018, C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2018b, 01 de marzo). Sentencia de 1º de marzo de 2018, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Bogotá.

- De Ángel, R. (1994). *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*. Madrid: S.L. Civitas Ediciones.
- Gil, E. (2010). *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Giraldo, L. (2011). *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gomez, G., & Troncoso, O. (2010). *De la responsabilidad civil por los delitos y las culpas: Análisis de la tesis de grado del Maestro Darío Echandía*. Ibagué: Universidad de Ibagué.
- Henao, J. (2007). *El daño*. Bogotá: Universidad Externado.
- Luna, Á. (2005). Oportunidades perdidas: La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria. *Revista InDret*, 2(5), pp. 1-18.
- Martínez, G., y Martínez, C. (2003). *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Bogotá: Temis S.A.
- Medina, L. (2007). *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Madrid: Thomson-Civitas.
- Saavedra, R. (2003). *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Serrano, L., & Tejada, C. (2014). *La responsabilidad patrimonial del Estado*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Serrano, L., & Tejada, C. (2017). *La responsabilidad patrimonial del Estado*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Tamayo, J. (2007a). *Tratado de Responsabilidad Civil* (Tomo I). Bogotá: Legis Editores.
- Tamayo, J. (2007b). *Tratado de Responsabilidad Civil* (Tomo II). Bogotá: Legis Editores.
- Tamayo, J. (2009). *Tratado de Responsabilidad Civil* (Tomo II). Bogotá: Legis Editores.
- Tamayo, J. (2013). *Tratado de Responsabilidad Civil* (Tomo II). Bogotá: Legis Editores.
- Tapia, M. (2012). Pérdida de una chance: Su indemnización en la jurisprudencia chilena, *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado*, (2), pp. 251-264.
- Tapia, M. (2015). Pérdida de una oportunidad: ¿Un perjuicio indemnizable en Chile? *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*, 4(5), pp. 233-267.
- Trigo, F. (2008). *Pérdida de chance*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Zannoni, E. (1987). *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Editorial Astrea.