

La aplicación de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad médica estatal ¿Un asunto de daño o de imputación?¹

Guillermo León Ospina Zuleta²

Resumen

La pérdida de oportunidad es una teoría jurídica ampliamente desarrollada en la literatura especializada y en las decisiones judiciales tanto extranjeras como nacionales. Esta tiene lugar en materia de responsabilidad médica cuando una persona es privada de la probabilidad de sobrevivir o mejorar su estado de salud como resultado de una falla en la atención dispensada en la institución hospitalaria. A partir de su estudio y aplicación se han propuesto, principalmente, dos enfoques, el primero que la analiza como un daño autónomo diferente del resultado final (muerte o desmejoramiento de la salud), y el segundo que la examina a partir de la imputación del daño a la administración de manera parcial. El Consejo de Estado colombiano opta por la primera postura y sostiene que la pérdida de oportunidad tiene identidad propia y no debe ser confundida con el daño final, tesis que ha prevalecido desde la sentencia del 11 de agosto de 2010, expediente 18.593, situación que a su vez ha originado diversos criterios frente a los perjuicios a reconocer. Este artículo aborda el análisis de la figura desde su origen hasta su estado actual para finalmente proponer la unificación de parámetros al interior del órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para garantizar la igualdad y reparación integral a las víctimas.

¹ Artículo producto de la Maestría en Derecho con énfasis en Derecho Administrativo de la Universidad Pontificia Bolivariana, sede Medellín. Asesora temática: Marcela Zuluaga Vélez.

² Abogado, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Candidato a magíster en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, sede Medellín. Correo electrónico: guillermoospina@hotmail.com

Palabras clave

Pérdida de oportunidad, responsabilidad del Estado, responsabilidad médica, daño, imputación.

Introducción

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, el Estado será responsable patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Así mismo, se ha establecido en nuestro ordenamiento jurídico que la atención de la salud, además de estar consagrada como un derecho fundamental en la Ley Estatutaria 1751 (Congreso de Colombia, 2015), hace parte de los servicios públicos esenciales; por lo tanto, el Estado debe garantizar su prestación efectiva y la calidad del servicio (Corte Constitucional, sentencia T-121 de 2015).

En este contexto, ante una indebida o inoportuna prestación del servicio de salud por parte de la administración, surge la responsabilidad de esta frente a los administrados, que se atribuye, principalmente, a través del título de imputación de falla del servicio, la cual, por regla general, debe ser probada, según la posición consolidada del Consejo de Estado colombiano (expediente 37504, 2017).

Ahora bien, en muchas ocasiones, cuando se debate judicialmente sobre la responsabilidad extracontractual del Estado por la prestación de este servicio público, no es posible acreditar la relación directa entre la conducta del personal médico (acción u omisión) y el daño ocasionado (muerte o desmejoramiento de la salud), pero sí la probabilidad de haberse impedido la concreción de este último con una actuación oportuna o diligente; y es aquí cuando surge la teoría de la pérdida de oportunidad o chance, que para el Consejo de Estado:

Hace referencia, como su nombre lo indica, a la disminución en la probabilidad de haberse evitado el daño que finalmente se causó, planteamiento que pese a la facilidad en su formulación, ha presentado desde antaño una gran dificultad en su aplicabilidad. (expediente 21726, 2012)

De esta manera, se han propuesto dos formas de aplicar la figura: la primera plantea su análisis en sede de la imputación fáctica, aquí la pérdida de oportunidad actúa como una herramienta para solucionar los problemas de incertidumbre en la atribución de resultados, en donde la responsabilidad se declara parcialmente por el daño final (muerte o desmejoramiento de la salud) y la indemnización a las víctimas será de manera proporcional por todos los perjuicios que se acrediten, según el porcentaje de oportunidades restadas que estadística o científicamente se logre establecer (Gil, 2013, p. 599).

La segunda, explica que la pérdida de oportunidad es un daño autónomo diferente del resultado final (Chabas, 1991, p. 25), el órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se inclina por esta opción y entiende la pérdida de chance como un daño con identidad propia e independiente (expediente 18593, 2010), que según se advierte en sus sentencias, da lugar a diferentes criterios en relación con el reconocimiento de la indemnización de los perjuicios.

No obstante lo anterior, en providencia reciente (expediente 25706, 2017), a pesar de que dicha corporación sigue plasmando en sus providencias que el fundamento de esta teoría es el de un daño autónomo, se ha comenzado a reconocer la indemnización de todos los perjuicios en proporción al grado de probabilidad que se tenía de alcanzar el beneficio pretendido o de evitar el daño final, y de no ser posible fijar ese porcentaje, se estableció que su cuantificación será del 50%.

Por lo tanto, el presente artículo tiene como objetivo analizar los fundamentos para la aplicación de la pérdida de oportunidad, a través de la revisión de la jurisprudencia colombiana, el derecho comparado y la doctrina nacional y extranjera; haciéndose énfasis en la responsabilidad médica estatal, campo en el que más se aplica dicha figura, para finalmente advertir que el tema amerita ser unificado al interior de la alta corte a la que se ha hecho alusión, con el fin de evitar las supra o infra indemnizaciones y garantizar la igualdad y la reparación integral a las víctimas.

1. Origen de la pérdida de oportunidad

La teoría de la pérdida de oportunidad se gestó a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX, en los sistemas jurídicos inglés *-loss of a chance-* y francés *-perte d'une chance-* (Asensi & Cid-Luna, 2013, p. 229). Los siguientes, son ejemplos clásicos de la literatura especializada para explicar el surgimiento de dicha figura en la jurisprudencia.

Del derecho anglosajón, se cita el caso *Chaplin vs Hicks*, resuelto por el tribunal de apelación del Reino Unido en el año 1911, sobre un concurso de belleza organizado por el director teatral Seymour Hicks, en el cual las participantes debían enviar sus fotografías -6.000 lo hicieron-; 50 de ellas serían elegidas por los lectores de un periódico y solo 12, luego de ser entrevistadas personalmente, serían escogidas por el organizador del evento para ser contratadas como actrices por 3 años y recibir un premio total para cada una de 400 libras esterlinas.

La señorita Chaplin fue preseleccionada entre las 50 participantes; sin embargo, como no recibió a tiempo la citación para acudir a la entrevista, sus probabilidades de quedar entre las doce elegidas se redujeron a cero por ciento -0%-. En consecuencia, la sentencia del Tribunal de Apelación le otorgó a la demandante una indemnización de 100 libras esterlinas por perder la oportunidad *-loss of a chance-*

de ser elegida. En este caso, la probabilidad frustrada se compensó no por la totalidad del premio, sino por el 25% del valor final del mismo (Gregorio, 1990, p. 58).

En lo que se refiere a la responsabilidad médica en el *common law*, el profesor Medina Alcoz (2009) señala como antecedente la sentencia del caso *Hicks vs United States* de 1966, donde se analizó la situación de un paciente que acudió al médico de la base naval por sus frecuentes vómitos y fuertes dolores abdominales; este le diagnosticó gastroenteritis, que por lo general, es una enfermedad aguda; no obstante, al poco tiempo el enfermo falleció por una oclusión intestinal, que al no tratarse con premura fue mortal para él. La corte de apelaciones de los Estados Unidos estimó que la conducta médica fue negligente y sacrificó la oportunidad importante de sobrevivencia de la víctima, sostuvo que “si había alguna posibilidad importante de supervivencia y el demandado la ha destruido, él es responsable”.

Sin embargo, para otros autores como Luna (2005, p. 3) y Gil (2013, p. 599), la fuente más notable de esta teoría se encuentra en el artículo publicado por el profesor Joseph King en 1981, quien señaló que la pérdida de la oportunidad debe valorarse adecuadamente, teniendo en cuenta que las condiciones preexistentes no hayan determinado absolutamente el resultado adverso, por lo que la posibilidad de evitarlo, debe ser compensada. De ahí, se desarrolló la teoría de la causalidad probabilística según la cual, la víctima tiene derecho a una proporción de la cantidad total de los perjuicios.

En Francia, Chabas (1991, p. 17), señala que la primera aplicación de la *perte d'une chance* aparece en el caso de la Corte de Casación francesa del 17 de julio de 1889, donde un empleado judicial impidió interponer una apelación en término. No obstante, señala que el uso definitivo de la figura se dio en el estudio de la actuación negligente de un notario, -fallo del 26 de mayo de 1932- sin dar más detalles frente a los casos y a la indemnización otorgada en estos.

Así, y a propósito de la pérdida de oportunidad en el derecho francés, se encuentra que en casos de responsabilidad médica, la fuente citada es el fallo del Consejo de Estado del 24 de abril de 1964, *Hôpital-Hospice de Voiron*, en el que se aplicó la teoría al declarar la responsabilidad del centro médico por haber afectado las posibilidades de un paciente de evitar la amputación de su pierna debido a la falta de supervisión postoperatoria.

Por su parte, el Consejo de Estado colombiano solamente habló de esta teoría hasta el 26 de abril de 1999 (expediente 10755), cuando en una de sus providencias sobre responsabilidad médica estatal consideró procedente la aplicación de la pérdida de la chance, pero ordenó el pago de la totalidad de los perjuicios por el daño sufrido (muerte), esto es, pasó por alto que la indemnización debía ser proporcional al porcentaje de la oportunidad frustrada de sobrevivir. En dicha decisión sostuvo:

Si bien es cierto que no existe 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. Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado como una “pérdida de una oportunidad”.

Luego, en sentencia del 3 de mayo de 1999 (expediente 11169), la alta corte amplió el estudio de los requisitos para la aplicación de la figura y señaló:

En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño en los casos en que esté comprometida la responsabilidad profesional, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación causal, se afirma que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esta materia “el juez

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

En otras palabras, se dijo que la relación entre el hecho u omisión del personal médico y el daño ocasionado al paciente (muerte o desmejoramiento de la salud), no resultaban probados con exactitud en todos los casos por la dificultad que esto representa en los asuntos de responsabilidad médica, en los que bastaría con que haya un grado suficiente de probabilidad para que procediera una indemnización.

Más tarde, en providencia del 31 de agosto de 2006 (expediente 15772), la Sección Tercera de la misma Corporación con ponencia de la doctora Ruth Stella Correa Palacio, señaló que no deberían resolverse como pérdida de oportunidad eventos en los cuales lo que se presentan son dificultades al establecer el nexo causal.

Y en providencia del 1° de octubre de 2008 (expediente 17001), el Consejero Enrique Gil Botero intentó introducir en la jurisprudencia, mediante un salvamento de voto por no haber sido acogida su ponencia, la tesis según la cual “la pérdida de la oportunidad es un concepto jurídico que permite definir problemas de imputación” y agregó:

Considero respetuosamente, que el tema de pérdida de la oportunidad debe ser replanteado en la jurisprudencia Colombiana, a efectos de que su aplicación sirva como instrumento para la solucionar problemas causales en relación con la atribución o imputación de resultados. (...) Estoy convencido, que en el caso concreto, se ha debido aplicar la teoría de la pérdida de oportunidad para, precisamente, indemnizar el porcentaje concreto de posibilidades de recuperación que le fue cercenada a la paciente.

En la actualidad, la posición que predomina en la Jurisdicción Contencioso Administrativa es la de entender la pérdida de oportunidad como un daño resarcible de carácter autónomo e independiente, lo que ha dado lugar a que se interprete que la indemnización debe ser por un solo rubro fundado en el principio de equidad, sin embargo existen interpretaciones disímiles al interior de la jurisdicción, pues en providencia reciente determinó la indemnización por el total de los perjuicios probados y en proporción al coeficiente de oportunidad perdida injustificadamente por la víctima (expediente 25706, 2017), sin que este concepto sea una pauta unificada en la corporación.

No obstante, no se tiene en cuenta que su formación en el derecho anglosajón se concibió como un asunto ligado a la causalidad probabilística o responsabilidad parcial; es decir, con el alcance de indemnizar de forma proporcional todos los perjuicios según el porcentaje de probabilidad perdido al imputarse parcialmente el resultado final.

Ahora bien, a fin de concluir con un análisis crítico de la posición asumida por dicho cuerpo colegiado frente a la materia, en los capítulos que siguen se analizarán los elementos de la responsabilidad del Estado (el daño antijurídico y la imputación), así como los enfoques derivados de cada uno de estos para la aplicación de la pérdida de oportunidad en los casos de responsabilidad médica estatal.

2. Elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado

El esquema clásico de la responsabilidad se compone de tres elementos a saber: el daño, el hecho generador del mismo y un nexo de causalidad (Patiño, 2011, p. 193), sin embargo, a partir del artículo 90 de la Constitución de 1991 los elementos se redujeron a dos, el daño antijurídico y la imputación (fáctica y jurídica).

Lo anterior se debe a que dicha tesis tradicional de responsabilidad resultaba insuficiente para la atribución de daños al Estado, toda vez que el nexo causal surge de las ciencias naturales (causa-efecto) y no da respuesta al análisis valorativo-normativo que debe realizarse a la conducta del agente estatal, el cual sí es posible desde la teoría de la imputación.

Como lo explica Pinzón (2015): “La responsabilidad surge del derecho y tiene respuesta en el derecho, pues dejar esa respuesta al arbitrio de los conceptos personales o de los meros sucesos naturales, cuando existen herramientas consolidadas que dan cuenta de juicios objetivos apartados de esa falibilidad subjetiva, resultaría insostenible” (p. 24).

El mismo Consejo de Estado colombiano ha reconocido la incoherencia teórica de relacionar causalmente un daño que surge a partir de una omisión, ya que la mayoría de las veces, la imputación de daños que se hace a las entidades prestadoras del servicio de salud tiene su fundamento en la omisión o tardanza en la atención y agrega:

Quando una persona sufre un desmejoramiento de sus condiciones de salud resulta claro, desde el punto de vista naturalístico, que la causa del mismo no lo es la omisión de la prestación del servicio por parte de la entidad médica responsable –justamente esa omisión es el fundamento de la reclamación-. La razón de esa situación desfavorable debe buscarse en tales casos en la lesión o enfermedad que lo aqueja; por lo tanto, no es posible predicar la existencia de nexo causal entre la omisión y la muerte, o el desmejoramiento de las condiciones de salud del paciente, como fundamento de atribución de ese daño a la entidad obligada a brindar el servicio médico. (expediente 29133, 2013)

En posterior providencia reiteró dicha corporación que existen dificultades teóricas para hablar de causalidad entre una omisión y un daño, por lo que en estos eventos no es necesario la acreditación de un nexo causal, pues el mismo hace

alusión a una noción evidentemente naturalística, sino que tiene que ver con el juicio valorativo que debe realizar el juez para efectos de determinar si, en un contexto específico, hay razones suficientes para atribuir responsabilidad a la administración por un hecho determinado (expediente 30469, 2015).

Para efectos de este artículo se tendrán como elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado el daño antijurídico y la imputación, a partir de los cuales se analizará la aplicación de la pérdida de oportunidad producto de fallas en la prestación del servicio de salud.

2.1 El daño antijurídico

El primero de los elementos de la responsabilidad, es el daño, el cual ha sido entendido como: “la lesión, la herida, la enfermedad, el dolor, la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o en su patrimonio” según la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 13 de diciembre de 1943 (citada en Henao, 2007, p. 77).

El Consejo de Estado señala que el eje central de la obligación resarcitoria es el daño antijurídico entendido como la afectación, vulneración o lesión a un interés legítimo y lícito protegido por el ordenamiento jurídico (expediente 38205A, 2017). Ese daño tiene unas características para que sea indemnizable, las cuales han sido establecidas por el mismo cuerpo colegiado de la siguiente manera:

- i)** debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo;
- ii)** que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente –que no se limite a una mera conjetura–, y que suponga una lesión a un derecho, bien o interés legítimo que se encuentre protegido el ordenamiento jurídico, y **iii)** que sea personal, es decir, que sea padecido por quien lo solicita, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar el interés que se debate en el proceso, bien a través de un

derecho que le es propio o uno que le deviene por la vía hereditaria. (expediente 21861, 2012).

En relación a la certidumbre del daño, la Corte Suprema de Justicia colombiana ha manifestado que:

La certeza atañe a la materialidad de la lesión, puesto que es la real y efectiva conculcación del derecho, interés o valor protegido jurídicamente, ya sea actual o bien potencial e inminente, mas no eventual, de ahí que si está fundado en la posibilidad remota de obtener un beneficio en el caso de que la acción dañina no se hubiere producido será hipotético. (expediente 2002-00358, 2013)

Así, la Sección Tercera del Consejo de Estado en providencias donde se debate la responsabilidad extracontractual estatal comienza por establecer el daño, para luego determinar si el mismo es atribuible a la administración. A modo de ejemplo, en providencia del 2013 (expediente 27743) señaló:

Se encuentra acreditado en el plenario el daño sufrido por los demandantes como consecuencia de la muerte, en el vientre de su madre, de una de las gemelas que esperaba la señora SJPM, así como de las graves lesiones que padeció la menor LMAP, circunstancias de las que se derivan los perjuicios cuyo resarcimiento se pretende en este caso.

Claramente los daños acreditados en dicha decisión fueron por un lado, la muerte de la menor en el vientre de su madre y por el otro, las lesiones que padeció su hermana gemela, es decir, se probó la afectación cierta y personal a intereses legítimos y lícitos protegidos por el ordenamiento jurídico, estos son la vida, la salud y la integridad física.

Finalmente, se hace necesario diferenciar los conceptos daño y perjuicio, toda vez que el primero, como se ha dicho, es la lesión a un interés jurídicamente

tutelado (muerte o lesión) mientras que el segundo, es la consecuencia del daño, es decir, el menoscabo patrimonial sufrido y que debe ser reparado (Henao, 2007, p. 77).

El perjuicio es la disminución patrimonial que sufre una persona como consecuencia de un daño, diferencia que se puede apreciar más claramente en lo expuesto por el profesor B enoit (citado por Henao, 2007, pp. 76-77):

El daño es un hecho: es toda afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad, o de una situación (...) el perjuicio lo constituye el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan del daño para la víctima del mismo. Mientras el daño es el hecho objetivo, el perjuicio es una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada.

Así pues, la indemnización del perjuicio se deriva de su relación directa con el daño; de ahí la importancia de diferenciarlos.

2.2 La imputación

El otro elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado es la imputación, que para García “es un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un daño, en base a la relación existente entre aquel y este” (citado por Pinzón, 2015).

El Consejo de Estado explica que la imputación tiene dos niveles, uno fáctico y uno jurídico. En relación a la imputación fáctica señala:

Hace referencia al estudio en términos de atribuibilidad material, a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar –acción u omisión– que podría interpretarse como causalidad material, pero que no lo es en

sentido jurídico porque pertenece al concepto o posibilidad de referir un acto a la conducta humana, que se conoce como imputación. (expediente 39354, 2017)

En otras palabras, la imputación fáctica “pretende averiguar a quién se le puede atribuir la autoría de un hecho dañino, sin tener que indagar sobre la calificación subjetiva de su conducta; lo importante es demostrar si una determinada persona es la autora, y en qué proporción, del hecho que se le imputa” (Giraldo, 2011, p. 110).

Mientras que la imputación jurídica supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida, tal como lo ha dicho la jurisprudencia, en el artículo 90 de la Constitución Política (expediente 7622, 1993).

3. La pérdida de oportunidad como un daño autónomo

Un sector de la doctrina y la jurisprudencia, tanto extranjera como nacional, analizan la teoría de la pérdida de oportunidad desde el derecho de daños, considerándola un daño autónomo con características propias e independientes que debe ser indemnizado.

Los que entienden así la institución jurídica, señalan que cuando se presenta un caso de pérdida de chance, lo que se indemniza no es el daño final, por ejemplo la muerte o la lesión, sino las oportunidades de sobrevivir o de recuperarse con las que contaba la víctima, resarcidas estas como un daño en sí mismo.

El civilista y catedrático Chabas (1991), puede considerarse uno de los defensores más importantes de esta postura. Para él, la pérdida de oportunidad es

una forma especial de daño, cuyos rasgos comunes son: la culpa del agente, la pérdida de la ventaja esperada y la ausencia del nexo causal entre la una y la otra. Para este autor el daño se consolida en la pérdida de las posibilidades que se tenían de lograr ese resultado, frente a la cual se puede establecer una relación causal con la culpa del agente.

Por su parte, el argentino Trigo (2008) señala que:

La pérdida de chance es un daño cierto en grado de probabilidad; tal probabilidad es cierta y por lo tanto, indemnizable de manera autónoma al tratarse de un daño diferente del resultado. Así mismo, recalca la autonomía del daño producido por la pérdida de oportunidad como daño diferente al efecto lesivo en sí (muerte, enfermedad, etc.); por lo que es imprescindible la prueba de la relación de causalidad entre la culpa y ese daño específico: la pérdida de la posibilidad u oportunidad.

En el ámbito colombiano, se explica que la pérdida de oportunidad constituye un daño autónomo, con unas características particulares que lo definen. “En los eventos de responsabilidad médica, este será la vulneración del derecho a recibir un diagnóstico correcto o una atención médica a tiempo, -no la muerte o enfermedad- y el perjuicio estará representado en la oportunidad frustrada de recuperarse o sobrevivir” (Giraldo, 2011).

La Corte Suprema de Justicia de Colombia (expediente SC10261, 2014) también avala esta postura y ubica la pérdida de chance en el daño al manifestar que:

La pérdida de oportunidad, cuya aplicación se ha excluido por tratadistas foráneos y nacionales en tratándose de la responsabilidad médica dada la imposibilidad o dificultad de establecer el nexo de causalidad, conviene precisarlo, constituye una especie de daño independiente, provisto de unas singulares características y que, en últimas, se ve concretado en el desvanecimiento de la posibilidad de obtener una ganancia o de

evitar que se produzca un evento, frustración que correlativamente, coloca a quien sufre el menoscabo en la posición de poder demandar la reparación de los perjuicios.

El Consejo de Estado colombiano, en la mayoría de sus sentencias, ha optado por entender la pérdida de oportunidad como un daño autónomo, indemnizable y con características propias. Fue a partir de la providencia del 11 de agosto de 2010 (expediente 18593) con ponencia del doctor Mauricio Fajardo Gómez de la Subsección “A”, de la Sección Tercera, que comenzó a utilizarse con más frecuencia la figura por el desarrollo que de esta se hizo en dicha decisión.

Allí se delimitó el concepto de la pérdida de chance como una particular modalidad de daño, donde lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o la pérdida que se pretendía eludir, cada uno como rubros distintos del daño. Al respecto se dijo:

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

En esta ocasión, para la indemnización de los perjuicios acudió al principio de equidad y reconoció a los demandantes una suma genérica por concepto del daño a la pérdida de oportunidad de sobrevivir en cuantía de 60 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y por perjuicios morales, en un total de 30 salarios de igual género; estos últimos, según la corporación, por la angustia y la congoja que la pérdida de chance generó a los demandantes; no obstante, negó el pago de los

perjuicios materiales por cuanto derivaron de la muerte de la víctima directa, sin ser esta el daño a indemnizar.

A partir de dicha decisión, que es citada como precedente, se encuentran múltiples sentencias en las que la pérdida de oportunidad es entendida como un daño autónomo; sin embargo, en algunas de ellas esta se indemniza únicamente como un rubro independiente³; en otras, también se reconoce el perjuicio moral⁴, mientras que en otras más, sólo se otorga el pago de este último⁵. En todo caso, siempre se niega el reconocimiento de perjuicios materiales e inmateriales diferentes, que para el alto tribunal, no tienen relación directa con el daño que genera la condena.

Lo anterior puede evidenciarse en el siguiente cuadro que permite ver la dinámica de la jurisprudencia y la posición al interior de la Sección Tercera según el ponente, en relación con la indemnización cuando se trata de la pérdida de oportunidad:

<u>Sentencias que consideran la pérdida de oportunidad como un daño autónomo (2010-2016)</u>					
Expediente, año	Consejero Ponente-Subsección	Asunto	Fundamento de la indemnización	Montos reconocidos	
				P.O.⁶	P.M.⁷
18593, 2010	Mauricio Fajardo "A"	Muerte de paciente por ausencia de diagnóstico	La equidad	60	30

³ Ver las sentencias del 24 de julio de 2013 (expediente 27743); 12 de febrero de 2014 (expediente 34125); 26 de febrero de 2014 (expediente 33492); 27 de marzo de 2014 (expediente 35420); 1° de agosto de 2016 (expediente 35116); 17 de agosto de 2017 (expediente 36898) y 30 de agosto de 2017 (expediente 43646).

⁴ Ver, entre otras, las sentencias del 11 de agosto de 2010 (expediente 18593); 16 de septiembre de 2011 (expediente 22030); 26 de enero de 2012 (expediente 21726); 30 de enero de 2013 (expediente 26999); 26 de febrero de 2014 (expediente 28579); 12 de marzo de 2015 (expediente 32297).

⁵ Ver entre otras, las sentencias del 8 de junio de 2011 (expediente 19360); 31 de mayo de 2013 (expediente 31724); 9 de octubre de 2014 (expediente 26933); 5 de marzo de 2015 (expedientes 34921 y 30945).

⁶ Por el rubro denominado pérdida de oportunidad expresados en salarios mínimos legales mensuales vigentes.

⁷ Por perjuicios morales expresados en salarios mínimos legales mensuales vigentes.

19360, 2011	Hernán Andrade "A"	Muerte de paciente por demora en la atención	La equidad	0	20
22030, 2011	Gladys Agudelo "A"	Lesión a paciente por demora en la atención	La equidad	40	20
21413, 2012	Hernán Andrade "A"	Lesiones a menor al momento del parto	La equidad	30	20
21726, 2012	Hernán Andrade "A"	Muerte de menores luego del parto	La equidad	70	60
26999, 2013	Mauricio Fajardo "A"	Muerte de madre luego del parto	La equidad	50	30
31724, 2013	Danilo Rojas "B"	Muerte de paciente por error en el diagnostico	Estado médico del paciente	0	50
23632, 2013	Hernán Andrade "A"	Muerte de paciente por demora en atención	La equidad	70	60
27743, 2013	Carlos Zambrano "A"	Lesiones a menor luego del parto	La equidad	200	0
34125, 2014	Carlos Zambrano "A"	Lesión a paciente por no remisión oportuna	La equidad	10	0
28376, 2014	Mauricio Fajardo "A"	Muerte de paciente por demora en atención	La equidad	20	10
31781, 2014	Ramiro Pazos "B"	Muerte de paciente por demora en cirugía	La equidad	0	50
33492, 2014	Carlos Zambrano "A"	Muerte de paciente por demora en cirugía	La equidad	50	0
26933, 2014	Stella Conto Díaz "B"	Muerte de menor después del parto	La equidad	0	130
35420, 2014	Carlos Zambrano "A"	Muerte de paciente por demora en cirugía	La equidad	20	0
30469, 2015	Danilo Rojas "B"	Muerte de paciente por demora en atención	La equidad	0	40
29772, 2015	Stella Conto Díaz "B"	Lesiones por error médico	Pérdida de capacidad	0	20
30945, 2015	Ramiro Pazos "B"	Muerte de paciente luego de parto	La equidad	0	80
32297, 2015	Hernán Andrade "A"	Muerte de paciente por demora en el tratamiento	La equidad	50	50
35116, 2016	Carlos Zambrano "A"	Muerte de paciente por indebida atención	La equidad	150	0

Se advierte fácilmente las diversas maneras de indemnizar la pérdida de oportunidad al ser entendida como un daño autónomo durante los años 2010 a 2016. Para los Consejeros Mauricio Fajardo y Hernán Andrade de la Subsección “A”, la indemnización consiste en una suma de dinero por concepto de pérdida de oportunidad y otra por perjuicios morales; para el Consejero Carlos Zambrano de la misma Subsección, el resarcimiento consiste en una suma genérica por concepto de pérdida de oportunidad, y finalmente para los doctores Ramiro Pazos, Danilo Rojas y Stella Conto de la Subsección “B”, el reconocimiento es por concepto de perjuicios morales.

También se observa que en la mayoría de las providencias analizadas la indemnización se otorga con fundamento en el principio de la equidad, dado que en ninguno de los casos se logró acreditar estadística o científicamente el porcentaje de oportunidad perdida.

Ahora bien, en vista de las anteriores discrepancias y criterios para indemnizar, se profirió la sentencia del 5 de abril de 2017 con ponencia del doctor Ramiro Pazos (expediente 25706). En ella se reitera que el alcance adecuado de la pérdida de oportunidad es aquel que la concibe como fundamento de daño, pero con unas reglas diferentes para la indemnización y define así sus características:

i) el bien lesionado no es propiamente un derecho subjetivo sino un interés jurídico representado en una expectativa legítima, la cual debe ser cierta, razonable y debidamente fundada, sobre la que se afirme claramente la certeza del daño; *ii)* lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o el perjuicio que se pretendía evitar; *iii)* la cuantificación del daño será proporcional al grado de probabilidad que se tenía de alcanzar el beneficio pretendido o de evitar el perjuicio final; *iv)* no existe pérdida de oportunidad cuando no desaparece la posibilidad de la ganancia esperada.

Frente a la indemnización de los perjuicios, se indicó que no era procedente indemnizar la pérdida de chance como un perjuicio independiente para 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. Así, si no es posible fijar científica y técnicamente el porcentaje de probabilidades truncadas, su cuantificación se determinará excepcionalmente en un 50%, que se aplicará para la liquidación de los perjuicios materiales e inmateriales.

No obstante haberse realizado en la providencia referida un amplio análisis de la figura de la pérdida de oportunidad y haber fijado los criterios para su determinación e indemnización, no tiene los efectos de una sentencia de unificación, por lo tanto, solo los Consejeros de la Subsección “B”, hasta la fecha, aplican dichos parámetros (expediente 39806, 2017) (expediente 40387, 2017) (expediente 42289, 2017), mientras que el Consejero Carlos Alberto Zambrano de la Subsección “A” sigue reconociendo solo una suma genérica por concepto de la pérdida de oportunidad (expediente 36898, 2017) (expediente 43646, 2017), y más apartado aun, el Consejero Jaime Orlando Santofimio de la Subsección “C” ni siquiera cita dicho pronunciamiento y a pesar de encontrar probada una pérdida de oportunidad, reconoce al 100% la indemnización de los perjuicios (expediente 37504, 2017), decisiones que se analizarán más adelante.

Como se ha mostrado, el enfoque de daño autónomo otorgado a la pérdida de oportunidad deriva su independencia del resultado final y las características que lo distinguen de este mismo, y esto ha dado lugar a establecer diversas formas de reconocer los perjuicios, lo que genera indemnizaciones por encima de lo que correspondería o por debajo de lo que realmente debe otorgarse, por lo que se hace necesaria la unificación de criterios para garantizar igualdad y reparación integral a las víctimas.

4. La pérdida de oportunidad como mecanismo para establecer la imputación fáctica

Quienes defienden este enfoque, concuerdan en que la relación entre la actuación u omisión del agente generador de la falla en el servicio y el resultado final (muerte o desmejoramiento de la salud), no necesitará probarse con exactitud, pues la sola probabilidad de haberse evitado el mismo con la actuación diligente del que se cree responsable, dará lugar a una indemnización parcial de todos los perjuicios causados.

Así, la pérdida de chance, se convierte en un instrumento que allana el camino de la prueba, y permite condenar por el daño sufrido de acuerdo a la probabilidad de que el mismo se hubiera producido igualmente de haber actuado con la debida diligencia (Luna, 2005).

El autor Gil (2013) considera que:

La pérdida de oportunidad sirve como un mecanismo para determinar en qué porcentaje contribuyó una omisión o acción en la producción de un daño antijurídico puntual -muerte o lesiones-, que no puede ser indemnizado al ciento por ciento, pues se entiende que la conducta de la administración sanitaria no es la causa directa – eficiente- del daño, sino que resta probabilidades de recuperación o mejoría, sin que produzca una indemnización plena sino proporcional a las probabilidades perdidas.

Ahora bien, en la sentencia del 24 de octubre de 2013 (expediente 25869) , este tratadista en su calidad de Consejero de Estado intentó fijar su posición en la jurisprudencia de la alta corte, con un estudio de la figura y la precisión de los aspectos, que en su criterio, garantizaban su correcta aplicación; entre ellos, señala que 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 oportunidad de recuperación y, consecuentemente, el impacto de tal valor en el monto a indemnizar de la misma; es decir, proporcional al porcentaje que se restó al paciente con la falta o retardo del suministro del tratamiento, intervención quirúrgica, procedimiento o medicamento.

Por su parte, el español Medina (2009), también defensor de esta postura, considera que se trata de un mecanismo de responsabilidad proporcional, fraccional, parcial o probabilística, en virtud del cual se reconoce al perjudicado una indemnización de la que se descuenta una parte proporcional al grado de probabilidad incierta de que el agente dañoso no fuera, en verdad, causante del perjuicio.

Finalmente, Pinzón (2015, p. 92), en el ámbito nacional, considera que indemnizar la pérdida de oportunidad reconociendo todos los perjuicios de manera proporcional, es la fórmula que permite dar cabal cumplimiento a los principios de reparación integral e indemnidad del daño de que trata el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, toda vez que desconocer la indemnización del mismo, sería un retroceso frente a la teoría integral de reparación y de los daños.

4. Conclusiones ¿Daño autónomo o instrumento para determinar la imputación fáctica?

Luego del análisis realizado previamente sobre los enfoques de la pérdida de oportunidad, en este capítulo se explican las falencias que, a juicio del autor de este artículo, presenta la posición mayoritaria del Consejo de Estado colombiano al entender la figura como un daño autónomo y la propuesta de unificación frente a la materia para garantizar la igualdad y la reparación integral a las víctimas.

4.1 Discrepancias de criterios frente a la indemnización de los perjuicios

Al no existir una providencia de unificación que defina los parámetros para resolver los asuntos de pérdida de oportunidad en materia de la responsabilidad del Estado cuando se acredita una falla en la prestación del servicio de salud que resta posibilidades de sobrevivencia o mejoría de salud a las víctimas, cada Consejero de Estado aplica los criterios que considera, lo que genera en algunos casos una indemnización inferior a la que en realidad correspondería o una superior a lo que tendría derecho la parte demandante.

Lo anterior se puede afirmar teniendo en cuenta que, a pesar de haberse proferido la sentencia del 5 de abril de 2017 con ponencia del doctor Ramiro Pazos de la Subsección “B” de la Sección Tercera (expediente 25706) y haberse realizado un amplio estudio de la figura y establecido unos parámetros para cuantificar la indemnización por pérdida de oportunidad en casos de responsabilidad médica, con posterioridad se han expedido sentencias en contravía de dichos criterios, reiterando que al no tratarse de una sentencia de unificación, no existe obligación de acatamiento del precedente.

En sentencia del 18 de mayo de 2017, con ponencia del doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa de la Subsección “C” (expediente 37504) se analizó el caso de un paciente menor de edad que al ser atendido en el servicio de urgencias del Instituto de Seguros Sociales, no se le realizaron los exámenes de diagnóstico ordenados ni la valoración por la especialidad de hematología, indispensables para brindar un tratamiento adecuado, por lo que finalmente falleció, se expuso lo siguiente:

(...) aunque no logre acreditarse, fehacientemente, que la falla en la prestación del servicio de salud fue causa directa de la muerte del paciente, porque éste ya se encontraba en una precaria condición de salud, lo importante será determinar que el

servicio de salud a que dicho paciente tenía derecho se prestó en condiciones de integralidad para garantizar los derechos adicionales de protección y recuperación de la salud, contenidos en el artículo 49 constitucional.

(...) en el caso de autos la Sala considera que a CA se le vulneró el conjunto de derechos que el ordenamiento convencional, constitucional y legal le reconocen, pues, los beneficios a que tenía derecho el paciente no se dieron en su integralidad, de manera que el servicio sí falló, y aunque no pueda afirmarse que de haber funcionado perfectamente el menor no habría muerto, lo cierto es que esto nunca se sabrá porque el servicio falló y el menor murió, pero que la falla lo que sí indica es que al paciente no se le brindó integralmente la posibilidad de recuperar su salud, conforme lo garantiza el artículo 49 constitucional.

(...) la Sala encuentra imputable el daño antijurídico a la entidad demandada que con la falla en la prestación del servicio de salud vulneró la oportunidad que Camilo Andrés Pérez Toro tenía de recuperar su salud.

En dicha decisión, era de esperarse que la indemnización fuera proporcional a la oportunidad que tenía el paciente de recuperar su salud conforme se estableciera en el proceso, sin embargo, los perjuicios materiales y morales acreditados fueron reconocidos al 100%, de igual manera si se hubiera declarado responsable a la entidad demandada por la muerte del menor, lo que evidentemente generó una supra indemnización.

Por su parte, el Consejero Carlos Alberto Zambrano de la Subsección "A" de la Sección Tercera en sentencias del 17 y 30 de agosto de 2017 (expediente 36898) (expediente 43646), declara la responsabilidad del Estado por fallas en la prestación del servicio médico, que si bien no fueron las consecuencias de la muerte de los pacientes, les restaron la oportunidad a los mismos de sobrevivir, por lo que aplicó la teoría de la pérdida de chance, sin embargo concedió como indemnizaciones rubros autónomos con fundamento en el principio de la equidad equivalentes al 50%

y la negativa de los demás perjuicios. Al desconocerse los demás perjuicios solicitados en las demandas en proporción a la oportunidad perdida, se genera una infra indemnización.

Las anteriores diferencias que aún se presentan al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado en relación con la indemnización de los perjuicios en los asuntos de pérdida de oportunidad en materia médica, se debe a que cada Subsección elige una postura diferente y cita como sustento de su decisión la providencia o autor que prefiera, lo que somete a las víctimas a desigualdades que afectan el principio de reparación integral.

4.2 La pérdida de oportunidad no cumple con las características del daño para ser considerada uno autónomo

Como se explicó previamente, el daño es la afectación, vulneración o lesión a un derecho, bien o interés legítimo y lícito protegido por el ordenamiento jurídico. Ejemplos típicos de daños son: la muerte, como afectación directa al derecho a la vida o, unas lesiones psicofísicas que indudablemente vulneran los derechos a la salud e integridad física. Para los defensores de la autonomía de la pérdida de chance, el daño no siempre lesiona un derecho subjetivo, sino que la sola afectación a una expectativa legítima o esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida, constituye un bien jurídicamente protegido.

Conforme a lo anterior, en un caso puntual, la providencia del 14 de septiembre de 2017, con ponencia del doctor Danilo Rojas Betancourth, el Consejo de Estado (expediente 42289) condenó al Hospital de Yopal por la pérdida de oportunidad de sobrevida de una paciente que no obtuvo un diagnóstico adecuado por error en la evaluación de sus síntomas y por tanto no se ordenó su remisión a un centro asistencial de mayor complejidad, lo que frustró toda oportunidad de mejoría, ante la urgencia con que debían dispensarse los tratamientos adecuados.

En dicha decisión se explica que la enfermedad de la paciente tenía escaso pronóstico de sobrevivida –entre el 25% y el 26%-, por lo que a pesar de existir una remota posibilidad de que se lograra una mejoría, no existía certeza alguna de que se habría podido preservar su existencia vital. Así encuentra acreditado un daño surgido, no por la muerte de la paciente, sino por la pérdida de oportunidad de sobrevivida.

Del análisis de dicha providencia, se advierte que la teoría analizada siempre tendrá un elemento de certeza y uno de incertidumbre, el primero respecto a la probabilidad frustrada y el segundo respecto a sobrevivir o a obtener la mejoría de la salud. En el caso específico, así como no era posible asegurar que la muerte se produjo totalmente por la evolución normal de la enfermedad de la paciente, tampoco se podía afirmar que de haberse realizado un diagnóstico adecuado esta hubiera sobrevivido, asunto de incertidumbre que no permite catalogar la pérdida de chance como un daño autónomo, entendido como una lesión a un derecho subjetivo.

Precisamente la certeza del daño consiste en su constatación material, que no sea una mera conjetura porque su naturaleza sería hipotética. En el caso que se explica, existe un daño cierto que es la muerte de la paciente, también se logró acreditar una falla en la prestación del servicio consistente en un error de diagnóstico que de haberse realizado adecuadamente, le habría preservado las probabilidades de sobrevivir, situación que debe ser analizada desde la imputación fáctica.

Acreditado el daño muerte, correspondería al juez establecer que la entidad hospitalaria contribuyó con su omisión junto a las condiciones de salud preexistentes de la paciente a que se produjera el desenlace final, razón por la cual

resulta indispensable definir científica o estadísticamente cuál fue el porcentaje que tenía la víctima de sobrevivir.

Lo anterior da lugar a declarar una responsabilidad parcial, pues, desde el análisis de la imputación, se debe advertir una intervención del Estado en el desenlace de las condiciones de salud de la víctima y su medida, esto es, ¿Cuál fue la participación del ente hospitalario para que se produjera el resultado final?, una vez lo anterior, se hará la correspondiente atribución jurídica parcial de ese daño acreditado.

En resumen, la pérdida de oportunidad no es un daño con características propias e independientes, toda vez que no cumple con el elemento de certeza –si se entiende el daño como la lesión de un derecho subjetivo, mas no como la sola afectación a una expectativa legítima o esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida, susceptible de constituir un bien jurídicamente protegido-, se trata de una herramienta que permite imputar parcialmente un daño (muerte o lesión), el cual siempre debe acreditarse al igual que el porcentaje de oportunidades restadas por la entidad hospitalaria al paciente.

Dicha teoría debe ser entendida bajo la regla de la responsabilidad parcial, donde se indemniza un daño proporcional y por ende es imputado también parcialmente, así lo explica Medina (2009):

En lugar de acudir a ficciones o estratagemas jurídicas, debe reconocerse que la teoría de la *chance* establece una regla de responsabilidad proporcional en virtud de la cual el agente dañoso indemniza, no por el daño que ha causado, sino, simplemente, por el daño que posiblemente causó.

No se puede asimilar lo anterior a la teoría de la probabilidad preponderante propuesta por el autor Yágüez, según la cual: “El juez puede fundar su decisión

sobre los hechos que, aún sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que se presentan con grado de probabilidad predominante”, toda vez que según lo explica el Consejo de Estado (expediente 15772, 2006), esta es una regla de prueba, con fundamento en la cual, el vínculo causal puede ser acreditado de manera indirecta, mediante la prueba indiciaria.

Es decir, aplicar la teoría de la pérdida de chance no es concluir a través de prueba indirecta que el demandado es totalmente responsable del resultado final; es establecer que el demandado, con una falla en la prestación del servicio, le restó al paciente oportunidades de sobrevivir o mejorar su estado de salud, lo que parcialmente contribuyó a su muerte o detrimento en la salud.

En el caso resuelto por el Consejo de Estado al que se ha hecho alusión, al Hospital de Yopal se le debió declarar parcialmente responsable de la muerte de la paciente, toda vez que las falencias en la atención médica le restaron las probabilidades con las que contaba cuando ingresó a la entidad hospitalaria de haber sobrevivido, situación que fue determinante en la producción del resultado.

4.3 Cuantificación de la pérdida de oportunidad

El aspecto que más dificultad presenta a la hora de afrontar un asunto de pérdida de chance es el *quatum* de las probabilidades, esto es, el porcentaje de oportunidades restadas a la víctima, cuya solución pacífica ha sido acudir al arbitrio iuris y con apoyo en la equidad, establecerlo y poder reconocer los perjuicios.

Ahora bien, se considera que el porcentaje de sobrevivir o mejorar el estado de salud no puede estar condicionado a un umbral mínimo o estándar de certidumbre para que sea resarcible, como ocurre en otras latitudes y lo explican Asensi *et al.* (2013), así:

En este sentido, es importante traer a colación como en otros países sí se exige un juicio mínimo de verosimilitud para admitir la aplicación de la pérdida de oportunidad. Por lo general, un 50% en el derecho angloamericano, y hasta un 80% en países como Inglaterra.

Lo anterior se debe a que consideran que las probabilidades por debajo de estos porcentajes no alcanzan a configurar un nexo causal entre el hecho dañoso y el daño final; sin embargo, al tomar partido por la teoría de la imputación y no de la causalidad, desde el 1% hasta el 99% debe ser indemnizada la pérdida de chance, toda vez que esa será la proporción que se imputa a la administración de haber generado un daño, correspondiendo el otro equivalente a las condiciones de salud preexistentes del paciente.

El tratadista Gil, cuando fue Consejero de Estado señaló en el salvamento de voto de la providencia del 1° de octubre de 2008 (expediente 17001) y en la sentencia del 24 de octubre de 2013 (expediente 25869), que la pérdida de oportunidad 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.

Es decir, lo importante es que se trate de una oportunidad sustancial de sobrevivir o mejorar la salud del paciente sin importar que tan pequeño o grande sea ese porcentaje, como la misma corporación puntualizó en una de sus providencias (expediente 21726, 2012):

Lo que si resulta innegable es que el chance de supervivencia existía sin importar lo pequeño que éste fuera sin que sea dable al fallador desestimar dicha posibilidad con

base en criterios de mayor o menor probabilidad. Debe recalcar para el caso que la búsqueda de la preservación de la vida y la integridad del paciente es el fin último de toda actividad médica y, en consecuencia, mientras existan posibilidades de conseguirse dichos propósitos, deberá el médico privilegiar esa búsqueda. Entender lo contrario significaría desatender la responsabilidad estatal en estos casos con base en criterios meramente porcentuales en donde un pequeño chance de sobrevivir equivale a no tenerlo, criterio que de ninguna forma puede ser aceptado por esta Corporación.

Lo anterior se explica porque no es equitativo volver a la aplicación de la tradicional teoría del todo o nada, esta vez con base en porcentajes, al señalar que una persona que está por debajo del 50% de probabilidades de recuperación no obtiene indemnización, pero otra que está por encima de ese rango sí la obtiene. Así lo señala Makdisi (1989) al manifestar que es injusto reconocer una indemnización en casos donde existe un 51% de posibilidades y no reconocerlo en otro donde existe sólo un 49%, pues ambas situaciones son prácticamente lo mismo.

Como lo explican Yong & Rodríguez (2011), al citar autores estadounidenses Wallace & Zilich, y referirse a la teoría ontológica radical de la pérdida de oportunidad, como aquella que considera que cualquier pérdida de una chance es indemnizable, así:

El demandante debe solamente probar que existió alguna negligencia que privó al paciente de la oportunidad de obtener o alcanzar una mejor recuperación. Por lo tanto, por ejemplo, bajo la forma pura, un paciente que tenga un 95% de posibilidades de morir, aun con un cuidado apropiado, tendría una acción contra el médico que negligentemente lo privó del 5% de recuperación. En consecuencia, la aproximación proporcional compensa a la víctima en proporción a su pérdida, sin importar si fue del 1% o 99 %.

Ahora bien, la prueba de ese número de probabilidades de sobrevivir o mejorar el estado de salud se torna complejo por las particularidades de cada caso, por lo que, como bien lo señala Medina (2009) lo habitual es que el juzgador se refugie en la equidad para establecer “a ojo de buen cubero” indemnizaciones generalmente parcas.

En cuanto al principio de la equidad, el Consejo de Estado (expediente 44516, 2017) realiza las siguientes consideraciones para su utilización en estos asuntos:

La Sala, como ya en otras oportunidades lo ha hecho, 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.

En este aspecto, Gil (2013) propone que dada la dificultad de determinar la cuantificación del perjuicio, la valoración dependerá de las circunstancias especiales que rodean cada caso en concreto, teniendo en cuenta las perspectivas que a futuro se tengan en relación con la obtención del beneficio, para lo cual en lo posible se deben emplear los datos proporcionados por la estadística.

En la providencia del 5 de abril de 2017 (expediente 25706) el mismo Consejo de Estado manifestó que lo equitativo no debe ser confundido con lo arbitrario, sin embargo propone que si no es posible fijar científica y técnicamente el porcentaje

de probabilidades, la cuantificación del porcentaje de posibilidades truncadas se determinará excepcionalmente, en un 50%.

En este punto es importante señalar que con el cambio de dinámica probatoria en los asuntos contencioso administrativos con la aplicación de la Ley 1437 de 2011 (Congreso de Colombia, 2011) y el Código General del Proceso (Congreso de Colombia, 2012), la entrada del sistema procesal de la oralidad, permite al juez desde un principio delimitar o fijar el litigio para luego pasar a la etapa probatoria, razón por la cual resulta de suma importancia el dictamen pericial en los asuntos de responsabilidad del Estado por la prestación de los servicios de salud.

Debe tenerse en cuenta que la prueba pericial médica entrega al proceso aquellos conocimientos con los cuales el funcionario judicial no cuenta, para que, en conjunto con las demás pruebas arrimadas al proceso, se pueda fallar la Litis (Toro & Vásquez, 2016).

Al advertir que se trata de un asunto de pérdida de chance, se debe encaminar el debate probatorio hacia la determinación del porcentaje de oportunidades perdidas, para que, en caso de una condena, la cuantificación de los perjuicios esté previamente determinada y sustentada, de lo contrario, debería recurrirse a la condena en abstracto, tal como lo establece el artículo 193 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

De no ser así, se seguirán estimando los porcentajes en un 50% sin fundamentos técnicos o científicos, los cuales solo pueden ser establecidos por un perito idóneo para cada caso en particular, teniendo en cuenta las condiciones de salud de la víctima y la atención médica suministrada, que en caso de no lograrse establecer durante el trámite del proceso, pero encontrarse plenamente acreditado que se le restaron oportunidades de sobrevivir o mejorar al paciente, debe ser establecido en el posterior incidente de liquidación de perjuicios.

4.4 Perjuicios derivados de la pérdida de oportunidad

A partir de la providencia del 5 abril de 2017 (expediente 25706), la Subsección “B” de la Sección Tercera del Consejo de Estado viene reconociendo perjuicios materiales como el lucro cesante a partir de un daño consistente en una expectativa legítima, en dicha decisión señala que el daño no es el fallecimiento de la paciente sino la expectativa cierta y razonable de sobrevivir al momento en que ingresó al servicio de urgencias, a partir de allí señala lo siguiente:

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 objeto primordial del instituto de la responsabilidad, esto es, el principio de la reparación integral, ya que las víctimas serían, sin razón alguna, resarcidas parcialmente a pesar de que el actuar del demandado cercenó una expectativa legítima.

Lo anterior pese a que con anterioridad a dicha decisión se negaba tajantemente la indemnización por los demás perjuicios con el siguiente argumento: “no fue la pérdida de oportunidad de recuperarse lo que determinó que los demandantes dejaran de percibir la ayuda económica de parte de la víctima, sino que fue la pérdida de la vida de éste la que generó la causación de tal tipo de perjuicio” (expediente 18714, 2011).

Así entonces, para el reconocimiento de la indemnización de perjuicios como el lucro cesante, debe existir una relación directa con el daño, el cual no puede ser una expectativa legítima sino una lesión a un derecho subjetivo como la vida o integridad física. Su procedencia según Henao se da en los siguientes términos (2007, pp. 211-212):

Cuando fallece una persona, sus deudos tienen derecho a recibir indemnización por el dinero que deja de aportarles el muerto (...) Cuando la persona es lesionada, el lucro cesante consistirá en el dinero que habría recibido la persona de no haber ocurrido el daño y cuya pérdida o mengua se origina en su incapacidad laboral.

Claramente se refiere a la procedencia del lucro cesante cuando una persona fallece o es lesionada, no cuando se le ha privado de una expectativa legítima de sobrevivida o mejoría de salud.

Es aquí cuando juega un papel importante el alcance que se le dé a la pérdida de oportunidad, toda vez que partir de que se trata de un criterio para facilitar la imputación fáctica a la administración en un porcentaje determinado frente al resultado final –muerte o lesión-, al reconocer la indemnización por este concepto se hará precisamente por esa afectación a un derecho subjetivo pero de manera proporcional, mientras que, entender la pérdida de oportunidad como un daño en sí mismo, diferente del de muerte o lesión, y reconocer un lucro cesante proporcional, no tendría relación directa el perjuicio con ese daño puntual.

Debido a la posición reciente del Consejo de Estado de reconocer todos los perjuicios de manera proporcional pero con la reiteración de que la pérdida de oportunidad es un daño autónomo, el Tribunal Administrativo de Antioquia señala que: “al parecer se abandona la posición que se venía asumiendo respecto a que la pérdida de oportunidad era un perjuicio autónomo” (expediente 2012-00461-01, 2017).

La pérdida de oportunidad debe analizarse desde la imputación para que haya lugar a la indemnización de todos los perjuicios que se derivan del daño final de manera proporcional, tal y como se explica en la sentencia de la Corte Suprema de Ohio (expediente 76 Ohio St.3d 483, 1996) el juez deberá: (1) determinar el monto

total de los daños a partir de la supuesta negligencia u omisión; (2) determinar el porcentaje de posibilidades perdidas de supervivencia o recuperación del paciente; y (3) multiplicar ese porcentaje por la cantidad total de daños.

4.5 La congruencia en los asuntos de pérdida de oportunidad

En los casos de responsabilidad médica estatal en los que se decide un asunto de pérdida de oportunidad, entendida esta como un daño autónomo, explica el Consejo de Estado que no se afecta el principio de congruencia al condenar a la administración no por la muerte o lesión invocada expresamente en el *petitum* de la demanda, sino por el daño que resulta de la pérdida de oportunidad de sobrevivir, aspecto este que fue desarrollado también en la causa *petendi* de la demanda (expediente 25706, 2017).

Dicha corporación en otras oportunidades ha definido el principio de congruencia así:

El principio de congruencia se erige como una verdadera garantía del derecho fundamental al debido proceso a las partes en el proceso judicial, en el sentido que al juez de la causa solo le resulta permitido emitir pronunciamiento con base en lo pretendido, lo probado y lo excepcionado dentro del mismo, sin que sea dable dictar sentencias por fuera (extra) o por más (ultra) de lo pedido (petita), y en caso de omitir pronunciarse sobre solicitado como pretensión tiene el deber de explicar de forma clara las razones de tal omisión (expediente 2458-15, 2017)

Gil (2013), en relación con la congruencia, sostiene que:

De avalarse la teoría que entiende la pérdida de oportunidad como un daño autónomo, se tendrá que aceptar, de contera, que el juez modificara la causa *petendi* a lo largo del proceso, ya que la demanda siempre estará dirigida a que se indemnice el daño pleno (v. gr. La muerte del paciente), mientras que el juez otorgaría la indemnización por la

oportunidad perdida (v. gr. La inexistencia de un desfibrilador), lo que sin anfibología implicaría una alteración de las pretensiones de la demanda.

En la providencia a la que se ha venido haciendo alusión, se puede tomar como ejemplo que la parte actora en las pretensiones de la demanda solicitó la condena de las entidades demandadas por la muerte de la señora Maria Sened Campiño Agudelo, mientras que en la parte resolutive se declaró responsable a la entidad demandada por la pérdida de oportunidad de sobrevivida padecida por la señora María Sened Campiño Agudelo.

Claramente se afecta el principio de congruencia, el cual ha sido entendido por la Corte Suprema de Justicia (expediente 6050, 2001) como: “aquel principio normativo dirigido a delimitar las facultades resolutorias del órgano jurisdiccional por el cual debe existir identidad entre lo resuelto y lo controvertido, oportunamente, por los litigantes, y en relación con los poderes atribuidos en cada caso al órgano jurisdiccional por el ordenamiento jurídico”.

Las providencias judiciales deben observar con rigor el principio de congruencia para garantizar el debido proceso de ambas partes, toda vez que cuando desde un comienzo se pretende la declaratoria de responsabilidad por un daño específico, por ejemplo, la muerte del paciente, pese a que la misma se haya dado por una pérdida de oportunidad establecida, por ese daño específico debe condenarse al Estado y no por uno que se dice es autónomo y el cual no se debatió durante el proceso.

4.6 Propuesta de unificación de jurisprudencia frente a la pérdida de oportunidad

La unificación de jurisprudencia busca la fijación de criterios que orienten las decisiones que en adelante se profieran por parte de los jueces de la República, así explica su función la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado:

Al existir cierto grado de indeterminación en las normas jurídicas y multiplicidad de operadores judiciales y administrativos que pueden llegar a entendimientos distintos sobre su alcance, resulta necesario que los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones cumplan una función de unificación jurisprudencial que brinde a la sociedad “cierto nivel de certeza respecto de los comportamientos aceptados dentro de la comunidad” y se garantice el derecho constitucional a que las decisiones “se funden en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico” (seguridad jurídica). Lo anterior es fundamental en la formulación del Estado Social de Derecho, en el cual no basta la sola enunciación constitucional de la igualdad formal ante la ley, sino que es necesario “además que en la aplicación de la ley las personas reciban un tratamiento igualitario”. (expediente 2177, 2013)

Así, existirá necesidad de unificar jurisprudencia cuando se adviertan interpretaciones disímiles frente a determinado asunto, lo que se ha establecido en relación con la pérdida de oportunidad en la responsabilidad médica estatal, ya que al interior de la Sección Tercera existen diferentes formas de implementar dicha figura y la consecuente indemnización por parte de cada magistrado ponente.

La Sección Tercera del Consejo de Estado está dividida en 3 Subsecciones, cada una integrada por 3 magistrados, desde la Ley 1285 de 2009 (Congreso de Colombia, 2009), según el Reglamento interno de dicha corporación cada Subsección decidirá los procesos a su cargo de manera autónoma, pero sesionaran conjuntamente: “Para unificar, adoptar o modificar la jurisprudencia de la Sección, con el fin de evitar decisiones contradictorias sobre el mismo punto de derecho, cuando así lo decida la Sección a petición de cualquiera de sus miembros.” (Sala Plena, 2010).

Así mismo, con la expedición de la Ley 1437 de 2011 (Congreso de la República, 2011), en los artículos 270 y 271 se estableció que las sentencias de unificación jurisprudencial son las que profiera o haya proferido una Sección o la Sala Plena del Consejo de Estado, entre otros, por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.

Es decir, la facultad de unificación está plenamente permitida por el ordenamiento jurídico y la Sección Tercera debe advertir la necesidad de unificar la jurisprudencia en relación con el tema de la pérdida de oportunidad, para lo cual se proponen los siguientes criterios a tener en cuenta:

- La pérdida de oportunidad es un asunto que debe examinarse en sede de imputación fáctica y no como un daño autónomo, toda vez que este no alcanza a cumplir con los requisitos necesarios para su configuración, específicamente por el elemento de la certeza.
- La cuantificación de la pérdida de oportunidad puede establecerse en un rango del 1% hasta el 99%, toda vez que no se trata de si se configura o no el nexo causal, que como se explicó, no soluciona los problemas valorativo-normativos que sí hace la imputación en la atribución de resultados, eso sí, de manera proporcional.
- Para establecer el *quatum* de la pérdida de chance, debe necesariamente acudir a la prueba pericial, donde un experto defina científica y técnicamente, según cada caso en particular, cuál era el porcentaje que tenía el paciente de sobrevivir o mejorar su estado de salud. Acudir al principio de equidad no puede ser la regla general, tampoco decir que lo sea el 50%, toda vez que en últimas podrá condenarse en abstracto y en posterior incidente de liquidación de perjuicios establecer dicho porcentaje de manera objetiva.

- Los perjuicios a reconocer serán todos los materiales –daño emergente y lucro cesante- o inmateriales –daño moral, daño a bienes constitucional y convencionalmente protegidos y daño a la salud- que se acrediten, resaltando que la indemnización es proporcional, según el porcentaje de probabilidades establecido. No se puede reconocer como perjuicio el llamado “pérdida de oportunidad”, toda vez que, como se ha explicado, no se trata de un asunto autónomo que derive en perjuicios igualmente independientes.

Referencias

- Asensi, E., & Cid-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. Recuperado de <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/416/358>
- Chabas, F. (1991). La perte d'une chance en droit français, in *Développements récents du droit de la responsabilité civile*. En español: La Pérdida de una Oportunidad (“Chance”) en el Derecho Francés de la Responsabilidad Civil. (Traducido por Fernando Moreno) *Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado.*, Septiembre-2013 (33), pp. 16-37.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1285 de 2009. *Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia*. Bogotá D.C. (2009).
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1437 de 2011. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá D.C. (2011).
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1564 de 2012. *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C. (2012).
- Colombia. Congreso de la República. Ley Estatutaria 1751 de 2015. *Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C. (2015)
- Consejo de Estado-Sección Tercera (1993). Bogotá D.C. Sentencia del 12 de julio de 1993, expediente 7622. Consejero Ponente. Carlos Betancur Jaramillo.

Consejo de Estado-Sección Tercera (1999). Bogotá D.C. Sentencia del 26 de abril de 1999, expediente 10755. Consejero Ponente. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado-Sección Tercera (1999). Bogotá D.C. Sentencia del 3 de mayo de 1999, expediente 11169. Consejero Ponente. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado-Sección Tercera (2006). Bogotá D.C. Sentencia del 31 de agosto de 2006, expediente 15772. Consejero Ponente. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado-Sección Tercera (2008). Bogotá D.C. Sentencia del 1 de octubre de 2008, expediente 17001. Consejera Ponente. Myriam Guerrero de Escobar.

Consejo de Estado-Sección Tercera-Subsección "A" (2010). Bogotá D.C. Sentencia del 11 de agosto de 2010, expediente 18593. Consejero Ponente. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado-Sección Tercera-Subsección "A" (2011). Bogotá D.C. Sentencia del 27 de abril de 2011, expediente 18714. Consejero Ponente. Gladys Agudelo Ordóñez.

Consejo de Estado-Sección Tercera-Subsección "A" (2011). Bogotá D.C. Sentencia del 08 de junio de 2011, expediente 19360. Consejero Ponente. Hernán Andrade Rincón.

Consejo de Estado-Sección Tercera-Subsección "A" (2011). Bogotá D.C. Sentencia del 16 de septiembre de 2011, expediente 22030. Consejero Ponente. Gladys Agudelo de Ordoñez.

Consejo de Estado-Sección Tercera-Subsección "A" (2012). Bogotá D.C. Sentencia del 26 de enero de 2012, expediente 21726. Consejero Ponente. Hernán Andrade Rincón.

Consejo de Estado-Sección Tercera-Subsección "A" (2012). Bogotá D.C. Sentencia del 22 de febrero de 2012, expediente 21413. Consejero Ponente. Hernán Andrade Rincón.

Consejo de Estado-Sección Tercera-Subsección "B" (2012). Bogotá D.C. Sentencia del 25 de abril de 2012, expediente 21861. Consejero Ponente. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado-Sección Tercera-Subsección "A" (2013). Bogotá D.C. Sentencia del 30 de enero de 2013, expediente 26999. Consejero Ponente. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado-Sección Tercera-Subsección "A" (2013). Bogotá D.C. Sentencia del 14 de marzo de 2013, expediente 23362. Consejero Ponente. Hernán Andrade Rincón.

Consejo de Estado-Sección Tercera-Subsección "B" (2013). Bogotá D.C. Sentencia del 31 de mayo de 2013, expediente 31724. Consejero Ponente. Danilo Rojas Betancourth.

Consejo de Estado-Sección Tercera-Subsección "A" (2013). Bogotá D.C. Sentencia del 24 de julio de 2013, expediente 27743. Consejero Ponente. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Consejo de Estado-Sección Tercera-Subsección "B" (2013). Bogotá D.C. Sentencia del 29 de agosto de 2013, expediente 29133. Consejero Ponente. Ramiro Pazos Guerrero.

Consejo de Estado-Sección Tercera-Subsección "C" (2013). Bogotá D.C. Sentencia del 24 de octubre de 2013, expediente 25869. Consejero Ponente. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado-Sala de Consulta y Servicio Civil (2013). Bogotá D.C. Sentencia del 10 de diciembre de 2013, expediente 2177. Consejero Ponente. William Zambrano Cetina.

Consejo de Estado-Sección Tercera-Subsección "A" (2014). Bogotá D.C. Sentencia del 12 de febrero de 2014, expediente 34125. Consejero Ponente. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Consejo de Estado-Sección Tercera-Subsección "A" (2014). Bogotá D.C. Sentencia del 26 de febrero de 2014. expediente 33492. Consejero Ponente. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Consejo de Estado-Sección Tercera-Subsección "A" (2014). Bogotá D.C. Sentencia del 26 de febrero de 2014, expediente 28376. Consejero Ponente. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado-Sección Tercera-Subsección "A" (2014). Bogotá D.C. Sentencia del 27 de marzo de 2014, expediente 35420. Consejero Ponente. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Consejo de Estado-Sección Tercera-Subsección "B" (2014). Bogotá D.C. Sentencia del 31 de julio de 2014, expediente 31781. Consejero Ponente. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

Consejo de Estado-Sección Tercera-Subsección "B" (2014). Bogotá D.C. Sentencia del 09 de octubre de 2014, expediente 26933. Consejo de Estado. Stella Conto Díaz del Castillo.

Consejo de Estado-Sección Tercera-Subsección "B" (2015). Bogotá D.C. Sentencia del 05 de marzo de 2015, expediente 30469. Consejo de Estado. Danilo Rojas Betancourth.

Consejo de Estado-Sección Tercera-Subsección "B" (2015). Bogotá D.C. sentencia del 05 de marzo de 2015, expediente 30945. Consejo de Estado. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.,

Consejo de Estado-Sección Tercera-Subsección "A" (2015). Bogotá D.C. Sentencia del 12 de marzo de 2015, expediente 32297. Consejero Ponente. Hernán Andrade Rincón.

Consejo de Estado-Sección Tercera-Subsección "B" (2015). Bogotá D.C. Sentencia del 28 de mayo de 2015, expediente 29772. Consejero Ponente. Stella Conto Díaz del Castillo.

Consejo de Estado-Sección Tercera-Subsección "A" (2016). Bogotá D.C. Sentencia del 01 de agosto de 2016, expediente 35116. Consejero Ponente. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Consejo de Estado-Sección Tercera-Subsección "B" (2017). Bogotá D.C. Sentencia del 5 de abril de 2017, expediente 25706. Consejero Ponente. Ramiro Pazos Guerrero.

Consejo de Estado-Sección Tercera-Subsección "C" (2017). Bogotá D.C. Sentencia del 18 de mayo de 2017, expediente 37504. Consejero Ponente. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado-Sección Tercera-Subsección "B" (2017). Bogotá D.C. Sentencia del 3 de agosto de 2017, expediente 39806. Consejero Ponente. Stella Conto Díaz del Castillo.

Consejo de Estado-Sección Tercera-Subsección "B" (2017). Bogotá D.C. Sentencia del 3 de agosto de 2017, expediente 40387. Consejero Ponente. Ramiro Pazos Guerrero.

Consejo de Estado-Sección Tercera-Subsección "A" (2017). Bogotá D.C. Sentencia del 17 de agosto de 2017, expediente 36898. Consejero Ponente. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Consejo de Estado-Sección Tercera-Subsección "A" (2017). Bogotá D.C. Sentencia del 30 de agosto de 2017, expediente 38205A. Consejero Ponente. Marta Nubia Velásquez Rico.

Consejo de Estado-Sección Tercera-Subsección "A" (2017). Bogotá D.C. Sentencia del 30 de agosto de 2017, expediente 43646. Consejero Ponente. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Consejo de Estado-Sección Tercera-Subsección "B" (2017). Bogotá D.C. Sentencia del 14 de septiembre de 2017, expediente 42289. Consejero Ponente. Danilo Rojas Betancourth.

- Consejo de Estado-Sección Tercera-Subsección "A" (2017). Bogotá D.C. Sentencia del 12 de octubre de 2017, expediente 39354. Consejero Ponente. Marta Nubia Velásquez Rico.
- Consejo de Estado-Sección Segunda-Subsección "B" (2017). Bogotá D.C. Sentencia del 26 de octubre de 2017, expediente 2458-15. Consejero Ponente. César Palomino Cortés.
- Consejo de Estado-Sección Tercera-Subsección "A" (2017). Bogotá D.C. Sentencia del 10 de noviembre de 2017, expediente 44516. Consejero Ponente. Martha Nubia Velásquez Rico.
- Consejo de Estado-Sala Plena (2010). Bogotá D.C. Acuerdo 140 del 23 de noviembre de 2010.
- Corte Constitucional (2015). Bogotá D.C. Sentencia T-121 del 26 de marzo de 2015, expediente T-4.574.405. Magistrado Ponente. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Civil (2001). Bogotá D.C. Sentencia del 12 de junio de 2001, expediente 6050. Magistrado Ponente. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.
- Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Civil (2013). Bogotá D.C. Sentencia del 21 de enero de 2013, expediente 2002-00358. Magistrado Ponente. Fernando Giraldo Gutiérrez.
- Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Civil (2014). Bogotá D.C. Sentencia del 4 de agosto de 2014, expediente SC10261. Magistrada Ponente. Margarita Cabello Blanco.
- Corte Suprema de Ohio (1996). Ohio. sentencia del 28 de agosto de 1996, expediente 76 Ohio St.3d 483, Roberts v. Ohio Permanente Med. Group, Inc.
- Gil, E. (2013). Responsabilidad Extracontractual del Estado - De la responsabilidad del Estado por la actividad médico-sanitaria. En 2. *La pérdida de oportunidad: criterio de imputación o daño autónomo. ¿existe pérdida de oportunidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado?* (Sexta ed., pp. 586-600). Bogotá: Temis.
- Giraldo, L. (2011). *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil*. Bogotá: Publicaciones Universidad Externado de Colombia.
- Gregorio, C. (1990). Inferencia estadística en decisiones judiciales. *Tesis Doctoral*, 57-58. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Recuperado de http://www.iijusticia.org/docs/cc/Tesis_CGG.pdf
- Henao, J. (2007). *El daño* (1 ed.). Bogotá: Publicaciones Universidad Externado de Colombia.

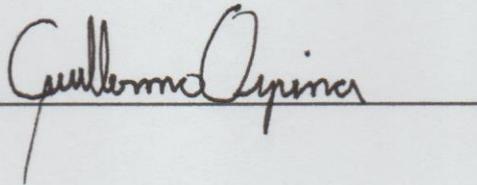
- Luna, Á. (2005). Oportunidades perdidas. *Indret-Revista para el análisis del derecho*(02/05), pp. 1-18.
- Makdisi, J. (1989). Proportional Liability: A Comprehensive Rule to Apportion Tort Damages Based on Probability. En español: Responsabilidad proporcional: una regla integral para distribuir los daños basados en la probabilidad. *North Carolina Law Review*, 67(5), pp. 1063-1101.
- Medina, L. (2009). Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): la doctrina de la pérdida de oportunidad. (A. E. Seguro., Ed.) *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, 38. Recuperado de <http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/Luis%20Medina.pdf?phpMyAdmin=9eb1fd7fe71cf931d58819>
- Patiño, H. (2011). Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual ¿Por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado. *Revista de Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia*(20), pp. 371-398.
- Pinzón, C. (2015). *El derecho de daños en la responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Toro, L. & Velasquez, M. (2016). Impacto del dictamen pericial médico en los procesos de responsabilidad derivada de la prestación de servicios de salud: el caso del centro de estudios en derecho y salud CENDES. *Revista CES Derecho*, 7(2), 5-12.
- Tribunal Administrativo de Antioquia-Sala Sistema Escrito (2017). Medellín-Antioquia. Sentencia del 09 de agosto de 2017, expediente 2012-00461-01. Magistrada Ponente. Martha Nury Velásquez Bedoya.
- Trigo, F. (2008). *Pérdida de chance. Presupuestos. Determinación. Cuantificación*. Buenos Aires: Astrea.
- Yong, S., & Rodríguez, C. (julio-diciembre de 2011). Pérdida de oportunidad. *Revista Virtual Via Inveniendi Et Iudicandi*, 6(2).

14 de junio de 2018

GUILLERMO LEÓN OSPINA ZULETA

“Declaro que esta tesis (o trabajo de grado) no ha sido presentada para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o cualquier otra universidad” Art. 82 Régimen Discente de Formación Avanzada.

Firma

A handwritten signature in black ink, reading "Guillermo Ospina Zuleta", written over a horizontal line.