

# Primera parte

## Doctrina y Jurisprudencia



Revista de la Academia  
Colombiana de Jurisprudencia  
julio-diciembre, 2025

# LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD MÉDICA EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

## TENSIONES JURISPRUDENCIALES

Gonzalo Suárez Beltrán\*  
*Académico de número*

**Resumen:** La pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad médica del Estado ha recorrido un camino jurisprudencial de más de dos décadas en el Consejo de Estado. Desde las primeras decisiones de 1999, que insinuaban la indemnización por el retardo en la atención hospitalaria, hasta los debates recientes de 2023-2025 sobre su naturaleza y alcances, la figura ha oscilado entre ser concebida como un daño autónomo y como una técnica de imputación probabilística. En paralelo, la Corte Suprema de Justicia ha comenzado a proyectar una visión híbrida, que amplía el campo de aplicación hacia escenarios de daño extrapatrimonial. El artículo commenta esa trayectoria y analiza las tensiones jurisprudenciales actuales en torno al estándar probatorio, la congruencia procesal y la cuantificación de los perjuicios, al tiempo que contrasta la postura mayoritaria con las críticas doctrinales que niegan la existencia de un daño cierto en la mera frustración de una probabilidad. Se concluye que la pérdida de oportunidad refleja la tensión estructural del derecho de daños entre certeza y equidad, seguridad jurídica y justicia material, y que su vigencia se explica por la necesidad de ofrecer una reparación justa frente a la incertidumbre probatoria.

**Palabras clave:** Responsabilidad médica del Estado; pérdida de oportunidad; daño autónomo; causalidad probabilística; Consejo de Estado; Corte Suprema de Justicia; equidad en la reparación.

---

\* Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Javeriana y de la Universidad de El Rosario. Conjuez del Consejo de Estado. Socio de Suárez Beltrán & Asociados, Abogados Consultores.

Contacto: [gonzalo.suarez@suarezbeltran.com](mailto:gonzalo.suarez@suarezbeltran.com)

## THE LOSS OF MEDICAL OPPORTUNITY IN THE RESPONSIBILITY OF THE STATE JURISPRUDENTIAL TENSIONS

**Abstract:** The loss of chance in the field of State medical liability has followed a jurisprudential trajectory of more than two decades in the Council of State. From the first decisions in 1999, which suggested compensation for delays in hospital care, to the recent debates of 2023–2025 regarding its nature and scope, the figure has oscillated between being conceived as an autonomous damage and as a technique of probabilistic imputation. In parallel, the Supreme Court of Justice has begun to develop a hybrid approach that expands its application to scenarios of non-pecuniary harm. This article traces that evolution and examines the current jurisprudential tensions concerning the evidentiary standard, procedural congruence, and the quantification of damages, while contrasting the prevailing position with doctrinal critiques that deny the existence of a certain harm in the mere frustration of a probability. It concludes that the loss of chance reflects the structural tension of tort law between certainty and equity, legal certainty and substantive justice, and that its persistence is explained by the need to provide fair reparation in the face of evidentiary uncertainty.

**Keywords:** State medical liability; loss of chance; autonomous damage; probabilistic causation; Council of State; Supreme Court of Justice; equity in reparation.

### Introducción

Hablar de la pérdida de oportunidad en materia médica es hablar de una de las figuras más controvertidas de la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano. Desde finales del siglo XX, cuando los jueces empezaron a advertir que la falla en la atención hospitalaria no siempre podía vincularse de manera directa con el desenlace fatal, se abrió la posibilidad de reparar un daño distinto: la probabilidad cierta y apreciable de haber alcanzado un mejor resultado en términos de vida o salud.

Lo que en 1999 eran apenas insinuaciones jurisprudenciales, se convirtió, a partir de 2010 y 2011, en una categoría consolidada bajo la idea de “daño autónomo”, no sin críticas importantes sobre el riesgo de banalizarla o de reconocer como cierto lo que no pasa de ser eventual.

La figura de la pérdida de oportunidad no solo tiene implicaciones conceptuales, sino efectos prácticos: amplía la exposición patrimonial del Estado frente a reclamaciones en salud y, a la vez, ofrece a los demandantes una vía de reparación parcial cuando no logran acreditar el nexo causal pleno.

Este artículo propone un recorrido por esa evolución, con un doble objetivo: por un lado, mostrar que la pérdida de oportunidad no es una noción pacífica sino un campo de debate; por otro, reivindicar su utilidad como herramienta para hacer justicia en medio de la incertidumbre, siempre que se apliquen criterios rigurosos de prueba y proporcionalidad.

### **Primera etapa: la formulación inicial de la pérdida de oportunidad**

Aunque hoy hablamos de la pérdida de oportunidad con naturalidad, su construcción en Colombia comenzó a finales de los años noventa, en sentencias donde la Sección Tercera del Consejo de Estado empezó a vislumbrar que no siempre era justo exigir certeza plena del nexo causal para indemnizar.

En la Sentencia del 21 de octubre de 1999, Exp. 10755, MP Ricardo Hoyos Duque, la Sección Tercera estudió el caso de un paciente fallecido tras demoras en su atención médica. En el caso, el paciente acudió en repetidas ocasiones a los servicios médicos presentando síntomas neurológicos graves, frente a los cuales se retrasó injustificadamente la práctica de exámenes diagnósticos indispensables, al punto de ser derivado inicialmente a un tratamiento psiquiátrico. La falta de oportunidad en la atención determinó que la enfermedad progresara sin control hasta producir su fallecimiento. En este contexto, el Consejo de Estado concluyó que la entidad incurrió en falla del servicio y que el daño resarcible correspondía a la pérdida de la oportunidad de curación o de sobrevivir, entendida como un título autónomo de imputación en la responsabilidad médica estatal, pues aunque no podía afirmarse con certeza que el tratamiento oportuno habría evitado la muerte, sí se privó al paciente de una probabilidad real y significativa de recuperación.

Allí se lee:

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’.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> CE, Sec. Tercera, Exp. 10755, 1999.

Este pasaje es fundamental porque marca un cambio de óptica: el juez reconoce que, aunque no hay prueba plena de que la falla causara la muerte, sí existió una oportunidad concreta de mejorar que se perdió por la negligencia. Al efecto, la sentencia ilustra su razonamiento con una cita de la obra del jurista español Ricardo de Ángel Yagüez, para señalar que en la jurisprudencia francesa se han identificado los elementos de la pérdida de oportunidad como título de imputación autónomo, alrededor de: (i) la existencia de una conducta culposa atribuible al agente estatal, consistente en la omisión o error que impide desplegar a tiempo las acciones médicas necesarias; (ii) la frustración de una ocasión real y seria para alcanzar un resultado beneficioso –como la curación, la prolongación de la vida o la mejoría en la salud– que no llega a consolidarse como certeza, sino como probabilidad significativa, y (iii) la imposibilidad de establecer con certeza el nexo causal entre la conducta y el resultado final, dado el carácter aleatorio del desenlace, lo que no excluye la responsabilidad en la medida en que la culpa del agente priva al paciente de las probabilidades efectivas de obtener dicho beneficio.

Ese mismo año, en otro fallo relevante, la Sección Tercera reafirmó que, en materia de responsabilidad médica estatal, la omisión de exámenes diagnósticos indispensables constituye una falla del servicio, en cuanto priva al paciente de probabilidades reales de recuperación. En palabras del Consejo de Estado:

La Sala concluye de todo lo anterior que la entidad demandada no fue diligente ni cuidadosa cuando asumió el deber de brindar asistencia médica [...]. El servicio desatendió el pedido urgente de dos exámenes cuya práctica era útil para identificar con claridad el carácter de la enfermedad del paciente y esa omisión [...] le restó al paciente posibilidades de curación. En efecto, el tribunal acude al criterio de la causalidad adecuada para argumentar la imputación de la responsabilidad, aspecto que la Sala prohíja.<sup>2</sup>

Este pronunciamiento complementa la línea trazada en la Sección Tercera, Exp. 10755, 1999, MP Hoyos Duque, pues insiste en que la responsabilidad estatal puede declararse aun cuando no exista certeza sobre la evitación del desenlace, bastando con que se demuestre la pérdida de una oportunidad cierta y significativa de recuperación.

---

<sup>2</sup> Exp. 15314, 1999, MP Germán Rodríguez Villamizar.

Poco después, en la Sentencia del 10 de agosto de 2000 (Exp. 11519, MP María Elena Giraldo Gómez), la Sección Tercera dio un paso más al precisar que la pérdida de oportunidad no se limita a la vida o a la curación integral del paciente, sino que puede proyectarse a resultados parciales, como la conservación de un órgano o de su integridad anatómica. En el caso, un trabajador que sufrió un accidente en un uno de sus ojos, perdió la posibilidad de conservar el globo ocular por la atención tardía y no especializada del ISS. El Consejo de Estado destacó que la entidad fue responsable, no por haber causado la lesión inicial, sino por haber privado al paciente de la expectativa seria de mitigar el daño ya producido.

En suma, la primera etapa se caracterizó por la aceptación de un daño intermedio: menos que la pérdida de la vida o la salud y más que una expectativa, pero sin ofrecer aún criterios sistemáticos para su delimitación. Diría que se confió en el buen criterio del juez, en su sentido de equidad, para definir si en realidad existía una oportunidad protegible de recuperación total o parcial, permitiendo en tal caso indemnizarla, aunque sin unos criterios de tasación predefinidos.

### **Segunda etapa: consolidación conceptual como daño autónomo**

La segunda etapa buscó sistematizar la figura con estándares probatorios propios, determinando que la reparación debía ser proporcional a la magnitud de la probabilidad frustrada. A partir de 2010, la jurisprudencia dio un salto cualitativo: ya no se trataba solo de reconocer la existencia de una expectativa perdida, sino de precisar cómo debía ser valorada y reparada en términos jurídicos.

En la Sentencia del 11 de agosto de 2010 (Exp. 18593, MP Mauricio Fajardo Gómez), el Consejo de Estado sostuvo:

La pérdida de oportunidad constituye [...] una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino, el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida [...] y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Sentencia del 11 de agosto de 2010, Exp. 18593, MP Mauricio Fajardo Gómez.

En esta providencia, el Consejo de Estado recalcó que lo indemnizable no es el beneficio final frustrado (la vida o la salud recuperada), sino el valor económico y jurídico de la probabilidad en sí misma. Así, la reparación debe limitarse a la extensión del “chance” perdido, lo que reafirma la autonomía de este rubro dentro del derecho de daños. Al respecto se lee:

De acuerdo con esta concepción, entonces, “la doctrina de la pérdida de oportunidad se emplea en supuestos de estricta incertidumbre causal”<sup>[16]</sup>, por manera que no deben catalogarse como “pérdida de chance” ni los eventos en los cuales sí existe la razonable certeza de que el agente dañoso provocó el daño –pues allí estará demostrada la causalidad en virtud de que la alta probabilidad da lugar a la aludida razonable certeza y el daño sufrido en tales circunstancias no es la pérdida de la probabilidad sino la desaparición de la ventaja o provecho esperado, luego la íntegra reparación será lo jurídicamente procedente–, ni aquellos supuestos en los que las probabilidades de que así hubiere ocurrido resultan insignificantes –pues la escasa probabilidad da lugar a que la víctima no tenga derecho a indemnización alguna–; por consiguiente, sólo hay lugar a la aplicación de la figura de la pérdida de chance “... cuando el coeficiente de probabilidades de que el agente dañoso fuera causante rebasa un mínimo despreciable y no llega a la alta cota que lleva a hacer coincidir el daño ocasionado con la pérdida de la ventaja frustrada”.<sup>[17]</sup> (Destaca la Sala).

A su turno, en la Sentencia del 7 de julio de 2011 (Exp. 20139, MP Mauricio Fajardo Gómez), la Sección Tercera reiteró que, aunque no puede presumirse el nexo causal con el desenlace último, la responsabilidad surge cuando la deficiente atención médica frustra las probabilidades efectivas de recuperación. Allí se expresó:

Aunque tampoco existe certeza de que aún si la Administración hubiere actuado con la mencionada diligencia la víctima hubiere recuperado su salud, lo cierto es que si el centro hospitalario hubiese obrado de esa manera, esto es con la pericia y el cuidado necesarios, no le habría hecho perder a la paciente el chance u oportunidad de recuperarse. Así las cosas, dado que la actuación de la entidad le restó oportunidades a la paciente de sobrevivir, la Sala declarará la responsabilidad de la parte demandada por la pérdida de la oportunidad de curación y de sobrevivir, la cual sí tiene nexo directo con la primera y deficiente actuación administrativa...<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Sentencia del 7 de julio de 2011, Exp. 20139, MP Mauricio Fajardo Gómez.

Con ello, la jurisprudencia colombiana pasó de reconocer la pérdida de oportunidad como excepción en algunos desenlaces fatales, a consolidarla como un daño autónomo indemnizable, aplicable tanto a la muerte como a la agravación de la condición de salud. El énfasis estuvo en que la reparación debía ser proporcional al valor de la probabilidad perdida, siempre que esta superara el “mínimo despreciable”, sin llegar a configurar certeza plena del nexo causal. En ese rango intermedio –probabilidad seria, significativa y jurídicamente apreciable– la figura se erige como título autónomo de imputación, destinado a restablecer el valor de la expectativa perdida sin confundirla con el beneficio final no alcanzado. Con estas sentencias, la pérdida de oportunidad dejó de ser una noción incipiente y pasó a aplicarse de manera reiterada, con estándares probatorios más definidos y con un marcado énfasis en la proporcionalidad de la reparación.

En la Sentencia del 26 de febrero de 2014 (Exp. 31172, MP Enrique Gil Botero), el Consejo de Estado insistió en que la indemnización no puede basarse en conjeturas, sino en la verificación de una probabilidad seria y objetiva. En el caso, se examinó el fallecimiento de un paciente tras un accidente de tránsito y la deficiente atención hospitalaria que demoró su remisión a un centro de tercer nivel, habiendo concluido que esa tardanza privó al paciente de una probabilidad real de mantenerse con vida.

Esta providencia añadió un elemento metodológico clave: la indemnización debe ser proporcional al porcentaje de probabilidad frustrada, lo que impone al juez el deber de acudir a pruebas científicas o, en su defecto, a la equidad para cuantificar la condena, con apoyo en una habilitación legal. Con ello, la jurisprudencia dejó de moverse en el terreno puramente intuitivo y empezó a perfilar estándares de prueba y de tasación más sistemáticos.

Comoquiera que el análisis de la pérdida de la oportunidad se efectúa en la instancia del estudio del nexo causal –como presupuesto de la imputación fáctica u objetiva del daño–, la función del operador judicial en estos eventos, es la de apoyarse en las pruebas científicas y técnicas aportadas al proceso para aproximarse al porcentaje de probabilidad sobre el cual se debe establecer el grado de la pérdida de la oportunidad de recuperación y, consecuencialmente, el impacto de tal valor en el monto a indemnizar, pues que como ya se analizó, el perjuicio no puede ser total ante la falta de certeza. Así las cosas, y dada la dificultad de determinar la cuantificación

del perjuicio cuando se trata de una pérdida de oportunidad, es claro que la valoración del mismo, dependerá de las circunstancias especiales que rodeen cada caso en concreto, teniendo en cuenta siempre las perspectivas que a futuro se tengan en relación con la obtención del beneficio, para lo cual se deberá emplear, en lo posible, los datos proporcionados por la estadística y observando siempre que lo indemnizable es la desventaja de no obtener un beneficio, se itera este aspecto que es fundamental, para efectos de cuantificación del perjuicio como tal. De otro lado, ante la ausencia de elementos y criterios técnicos o científicos en la determinación del porcentaje que representa la oportunidad perdida frente al daño padecido, el juez deberá recurrir a la equidad, en los términos del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, para sopesar los medios de convicción que obren en el proceso y, a partir de allí, establecer el valor aproximado a que asciende el costo de aquélla, valor este que servirá para adoptar la liquidación de perjuicios correspondiente.

En conclusión, la segunda etapa significó la maduración conceptual de la pérdida de oportunidad como daño cierto y autónomo. Con las sentencias de 2010 y 2011 (Exps. 18593 y 20139, MP Mauricio Fajardo Gómez), se precisó que el objeto de reparación no es la vida ni la salud en sí mismas, sino el valor autónomo de la probabilidad frustrada, cuya indemnización debe ser proporcional al porcentaje del chance perdido, siempre que este supere un “mínimo despreciable”. Posteriormente, con la Sentencia de 2014 (Exp. 31172, MP Enrique Gil Botero) se reforzó que la decisión judicial no puede fundarse en conjeturas, sino en pruebas científicas idóneas o, en su ausencia, en criterios de equidad autorizados por la ley, lo que introdujo un método sistemático de cuantificación. Con ello, la pérdida de oportunidad dejó de depender únicamente de la intuición de equidad del juez y se consolidó como un daño cierto y autónomo, sometido a estándares probatorios y de reparación mucho más definidos.

Parafraseando a Fukuyama, este bien podría ser “el fin de la historia”. Hasta aquí, la evolución jurisprudencial había demostrado que en la pérdida de oportunidad existe un daño cierto y autónomo: ese tratamiento no realizado, o esa actuación deficiente, habrían podido cambiar el desenlace, aunque lo que se frustra es una probabilidad y no una certeza. Lo decisivo es que la probabilidad misma sea cierta, jurídicamente apreciable, y que a partir de ella se determine la cuantificación del daño en correlación con la posibilidad de evitar el resultado final de muerte o de lesión permanente.

Si este artículo se hubiera escrito en 2015, aquí habría terminado. Pero lo cierto es que, a partir de 2017, comenzó una tercera etapa –aún en curso– que introdujo nuevas tensiones en torno a la figura, las que denominaré las tensiones contemporáneas.

### Tercera etapa: tensiones contemporáneas

En Sentencia del 5 de abril de 2017 (Exp. 25706, MP Ramiro Pazos Guerrero, Subsección B) se estudió la muerte de una paciente por un infarto agudo de miocardio no diagnosticado a tiempo (atención médica deficiente). En ella, se dijo:

Respecto a los supuestos del daño por pérdida de oportunidad, la Sala precisa que pueden presentarse de dos maneras, uno positivo –*chance de gain*– y otro negativo –*chance d'éviter une perte*–. Positiva, cuando la víctima tiene la expectativa legítima de recibir un beneficio o adquirir un derecho, pero por la conducta de un tercero se frustra definitivamente la esperanza de concreción. *Negativa*, cuando la víctima está sumergida en un curso causal desfavorable y tiene la expectativa que por la intervención de un tercero se evite o eluda un perjuicio, pero que en razón de la omisión o de la intervención defectuosa de dicho tercero, el resultado dañoso se produce y la víctima padece el perjuicio indeseado. En materia médica los supuestos de daño por pérdida de oportunidad en su perspectiva negativa se suelen presentar, de un lado, por la privación de las expectativas de sobrevivir y, del otro, por la privación de la esperanza de curarse, restablecerse o mejorar su estado de salud...<sup>5</sup> (Énfasis agregado)

Enmarcado entonces el asunto de la pérdida de la oportunidad médica en un escenario “negativo”, pasa la Sala a preguntarse sobre sus exigencias probatorias, para decir:

En conclusión, cuando se considera la pérdida de oportunidad como un supuesto en el que la secuencia fáctica podría conducir a la víctima a recibir un beneficio, pero su proceso de concreción es paralizado como consecuencia de la acción de un tercero, *el juicio de responsabilidad depende de la prueba de la relación causal*, es decir, un vínculo fáctico entre la conducta del agente y la frustración de las posibilidades, pues para la Sala sería absurdo proferir un juicio de imputación en su contra cuando este no ha causado la privación de la oportunidad; pero, en eventos

<sup>5</sup> Sentencia del 5 de abril de 2017, Exp. 25706, MP Ramiro Pazos Guerrero, Subsección B.

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

Nótese que esta postura se aparta de la visión de considerar la pérdida de oportunidad exclusivamente como “daño autónomo”, cuya función era delimitar la extensión de la indemnización según la magnitud de la probabilidad perdida, para hacerla operar como un criterio de imputación del daño final probado, ante la omisión “absoluta” que lo hace responsable integralmente del daño final a la vida o integridad personal del paciente. Bajo esta lógica, lo indemnizable ya no sería la oportunidad perdida como daño intermedio, sino el propio daño final probado, cuya imputación se hace posible gracias a la reducción significativa de las probabilidades de evitarlo. Esta doble dimensión –daño autónomo y criterio de imputación del daño final– reconfiguró el debate jurisprudencial: mientras unas decisiones reafirmaron su carácter de perjuicio cierto, pero necesariamente parcial, otras la emplearon como técnica para flexibilizar el análisis causal del daño final y llevar la responsabilidad médica a responder por la totalidad del daño final.

Viendo las implicaciones de este nuevo enfoque en el caso en particular estudiado en 2017, la diferencia radica en el alcance de la reparación: bajo la tesis del daño autónomo, se habría indemnizado solo un porcentaje parcial o total de la oportunidad perdida como un daño intermedio, sin llegar a tasar la vida truncada. En la postura de la Sentencia de 2017, en cambio, la pérdida de oportunidad se utilizó como criterio de imputación del daño final probado, lo que implicó tomar como referente el valor total de la vida y aplicar sobre él la probabilidad frustrada de evitar la muerte. La diferencia, entonces, no es solo conceptual, sino también económica: de un resarcimiento limitado al daño intermedio se pasó a una indemnización de la vida truncada, total o parcial, ampliando de manera sustancial el monto de la reparación.

Como se aprecia, en ambos casos, se trata de “causalidad probabilística”, pero con puntos de referencia diferentes: el valor de la oportunidad perdida (*la chance*) o el valor del bien supremo comprometido (la vida o la integridad personal). A partir de ese momento, la tensión en la jurisprudencia de la Sección Tercera es clara, en tanto oscila con matices entre las dos posturas.

En la Sentencia del 20 de mayo de 2024 (Exp. 57732, MP Fredy Ibarra, Subsección B), la Sala rechazó la idea de que la dificultad probatoria en materia médica permita flexibilizar sin más el análisis causal, y reiteró que el título de imputación aplicable es el la falla probada en el servicio, subrayando

... la dificultad que conlleva el análisis de las pruebas en materia médica no faculta al juez para presumir la existencia del nexo causal, pues este debe demostrarse con medios de convicción idóneos que acrediten que la falla del servicio privó a la paciente de una probabilidad real de sobrevivir.<sup>6</sup>

Se reclama así que haya certeza en la existencia del daño, en este caso de “pérdida de oportunidad”, excluyendo las simples conjeturas. En el caso concreto, se trataba de una pancreatitis aguda severa, en una paciente embarazada, que fallece a causa de la misma. En el proceso se probó que se trata de una patología de difícil diagnóstico y con tasas de mortalidad que oscilan entre el 30% y el 60%, lo que llevó a la Sala a concluir:

Según las pruebas aportadas, la muerte de la señora XXX no es imputable a las entidades demandadas, porque (i) no se demostró un error en el diagnóstico de su cuadro clínico durante la etapa de controles prenatales; (ii) no está probado que la falta de disponibilidad de UCI el día 16 de enero de 2006 en XXX haya generado una pérdida de la oportunidad de supervivencia o sobrevivencia y, (iii) no obra prueba alguna que acredite que su muerte fue causada por falta de atención oportuna e integral y no por el desarrollo natural de su enfermedad, más aún si se tiene en cuenta la gravedad de la misma...

Por su lado, el 28 de octubre de 2024 (Exp. 66642, MP William Barrera Muñoz, Subsección C), en un caso de fractura de cúbito y radio en el que la demora en la atención llevó a la deformidad por una consolidación anormal, después de recordar la autonomía del daño propia de la pérdida de la oportunidad y reconocida en Sentencia 18593 de 2010, sostuvo:

<sup>6</sup> Sentencia del 20 de mayo de 2024, Exp. 57732, MP Fredy Ibarra, Subsección B.

[Por su parte, la doctrina ha señalado que] ... esa oportunidad está definitivamente perdida, la situación es irreversible y la ‘carrera’ de concatenación causal y temporal hacia la ventaja se ha detenido de manera inmodificable. Hay un daño cierto sólo desde el punto de vista de la certeza de la probabilidad irremediablemente truncada. Esa probabilidad tenía un determinado valor, aunque difícil de justipreciar, que debe ser reparado.

La demora en remitir al paciente privó de manera clara la oportunidad de sanar sin deformidad. Ese menoscabo, aun cuando no pueda imputarse la secuela total, constituye un daño cierto y autónomo que debe ser reparado.<sup>7</sup>

Lo anterior llevó a que la indemnización en el caso fuera la del “daño intermedio” propio de la “pérdida de oportunidad” y no a un porcentaje del daño final probado (más alto), como lo habría sido bajo la tesis de 2017, vinculada a la pérdida de funcionalidad del miembro afectado.

Por contraste, el 2 de agosto de 2024 se había dictado una decisión en la Subsección B (Exp. 59550, MP Martín Bermúdez Muñoz), en un caso de fractura cráneo encefálica de una menor que la condujo a la muerte, que

...[con] los medios de prueba obrantes en el expediente, la Sala concluye que *la omisión de diagnóstico fue la causa determinante en la muerte de la menor*. Está evidenciado que las entidades médicas no se enteraron de que la menor había sufrido una fractura en el cráneo y que dicha fractura fue lo que generó su muerte. (Énfasis agregado)

Y agregó:

17.3.- La menor falleció como consecuencia de una fractura frontal craneoencefálica que no fue detectada en el tratamiento médico. Esta conclusión se infiere de lo indicado en la necropsia y en el dictamen practicado por Medicina Legal, en donde con toda claridad se señaló que en los dos centros médicos donde fue atendida no se realizó un diagnóstico adecuado y oportuno que era necesario, teniendo en cuenta todos sus síntomas y practicando y analizando los exámenes realizados. *Ese diagnóstico era necesario para tratar la fractura. Para la Sala, este dictamen es suficiente para concluir que las omisiones médicas en las que incurrió Caprecom fueron determinantes en la muerte de la niña.* (Énfasis agregado)

---

<sup>7</sup> CE, Sec. Tercera, Subsección C, Exp. 66642, MP William Barrera Muñoz, 2024.

18.- La prueba de la relación de causalidad no se deduce de determinar cuál es la «probabilidad prevalente», porque aquí no se discute si un hecho ocurrió, no ocurrió o cómo ocurrió. Lo que el juez hace en este caso es analizar el dictamen pericial, determinar cuáles son sus conclusiones (describir su contenido) verificar cuáles son sus fundamentos, y *establecer si ese medio de prueba permite lógica y razonablemente inferir que la omisión de la entidad médica debe considerarse como una causa determinante de del daño*. Es evidente que en cualquier caso de responsabilidad médica, ningún perito puede afirmar de manera contundente que, de haberse realizado la intervención o el tratamiento indicado, el paciente se habría salvado. *Ello no puede conducir a que, en todos los casos, la indemnización de un daño que se estime causado por la omisión médica porque se concluye que fue determinante para generarlo, deba reducirse.* (Énfasis agregado)

En apoyo de su tesis de no reducir en este caso la indemnización, cita el fallo a Medina Alcoz, al decir:

Así las cosas, hay que reaccionar frente a una utilización abusiva de la oportunidad perdida, consistente en reparar parcialmente daños sobre cuya conexión causal no hay dudas razonables, o perjuicios que nada tienen que ver con el hecho ilícito, porque sin este es muy probable que hubieran seguido padeciéndose. En el primer caso hay abuso por defecto, pues la víctima deja de obtener parte de la reparación a la que tenía derecho y en el segundo lo hay por exceso pues el Agente no fue el causante, o es poco probable que lo fuera. *La oportunidad perdida es, pues, la fórmula con que proporcionar tutela en supuestos de ...incertidumbre, no una técnica con que reducir la indemnización de daños ciertos ni un instrumento con que vincular a quien casi con toda seguridad no causó el perjuicio.*<sup>8</sup> (Énfasis agregado)

Este fallo propone entonces una tesis adicional a las hasta ese momento discutidas: “cuando existe prueba de que la omisión fue determinante, no corresponde degradar la reparación al nivel de una probabilidad, sino condenar por el daño total acreditado”.

Entre 2017 y 2025, la pérdida de oportunidad pasó de ser una figura relativamente consolidada a convertirse en un terreno de disputas conceptuales. La sentencia de Pazos (2017) abrió la puerta a la ambivalencia: podía concebirse tanto como un daño autónomo intermedio –limitado a la reparación de la probabilidad truncada–, como una técnica de imputación

<sup>8</sup> Luis MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de oportunidad* (Pamplona: Thomson Civitas, 2007), 92.

del daño final probado, aplicando la probabilidad sobre el valor íntegro de la vida o la integridad personal. Esa apertura produjo un giro metodológico: ya no se trataba únicamente de delimitar cuantitativamente la reparación, sino de decidir si la pérdida de oportunidad era en sí misma un daño cierto o si debía operar como puente para imputar el daño pleno en contextos de incertidumbre médica.

Las decisiones recientes profundizaron esa división. Barrera (2024) reafirmó el carácter de daño autónomo, limitado a un perjuicio intermedio. Bermúdez (2024), en cambio, rechazó cualquier degradación probabilística cuando la omisión probada era determinante, y optó por reconocer el daño total acreditado. Ibarra (2024), por su parte, advirtió que la dificultad probatoria no autoriza a flexibilizar sin más el análisis de causalidad, reclamando certeza mínima sobre la pérdida de oportunidad. De este modo, la “tercera etapa” de la jurisprudencia revela una tensión irresuelta: la pérdida de oportunidad oscila entre tres funciones distintas –daño autónomo, criterio de imputación y llave de acceso al daño pleno–, lo que evidencia que, más que una figura pacífica, se ha convertido en un campo de tensiones conceptuales y prácticas. La ‘pérdida de oportunidad’ existe indiscutiblemente en la jurisprudencia, pero su naturaleza jurídica y su alcance reparador siguen en disputa, lo que deja a la doctrina y a la práctica judicial ante el reto de armonizar seguridad jurídica con tutela efectiva de derechos.

### **La onda expansiva en la Corte Suprema (2024-2025)**

Aunque la pérdida de oportunidad ha sido elaborada principalmente por la Sección Tercera del Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia ha empezado a trazar un camino paralelo. En la Sentencia SC456-2024 (MP Martha Patricia Guzmán), la Sala Civil sostuvo: “... la pérdida de una oportunidad comporta a la reparación proporcional, parcial, fraccionada o probabilística con distribución equilibrada, armónica y coherente de la incertidumbre causal de un resultado dañoso probable”.

Este planteamiento combina dos lógicas, que en el Consejo de Estado se habían presentado como excluyentes: la pérdida de oportunidad como un daño autónomo y, al mismo tiempo, como una técnica para resolver la incertidumbre causal. La Corte no elige entre ambas, sino que las articula bajo una visión mixta, que convierte la figura en un mecanismo de cierre, cuando no es posible demostrar con certeza el nexo causal.

Lo innovador es que el caso no giró en torno a la muerte o a una expectativa de curación, sino a la frustración de la expectativa de una vida sana. En tal escenario, la Corte permite no absolver automáticamente por falta de certeza, sino reconocer que lo perdido fue la oportunidad misma, indemnizando de manera proporcional. En palabras de la providencia, lo que se perdió fue “...la posibilidad de que su hija naciera sana y pudiera desarrollar su potencial en cada fase de la vida en unas condiciones de salud normales o deseables”.

Con ello, la Corte expandió el ámbito de aplicación de la figura hacia escenarios de daño extrapatrimonial, donde lo que está en juego no es una ganancia económica ni siquiera la sobrevivencia, sino la calidad misma de la existencia. Así, abre la puerta a aplicar la pérdida de oportunidad en escenarios más amplios (ej. calidad de vida, expectativas vitales), no solo en casos clásicos de muerte o curación frustrada.

Además, la Sala Civil asumió una posición flexible frente a la congruencia procesal, al interpretar la pretensión de pérdida de oportunidad como subsidiaria, aunque se hubiera formulado de manera distinta en la demanda. Este detalle procesal refuerza la percepción de la pérdida de oportunidad como un recurso que permite mantener abierta la puerta a la reparación, aun cuando fracase la imputación del daño principal.

En conclusión, mientras la Sección Tercera del Consejo de Estado discute si la pérdida de oportunidad es un daño autónomo o un criterio de imputación, la Corte Suprema parece haberla convertido en un instrumento híbrido, apto tanto para indemnizar expectativas truncadas como para distribuir la incertidumbre causal. Esta “onda expansiva” multiplica los escenarios de aplicación y profundiza las tensiones conceptuales: la figura, que nació para reparar probabilidades médicas frustradas, hoy aparece llamada a cubrir también expectativas vitales más amplias, lo que augura un debate todavía abierto en el derecho colombiano de daños.

### **Tensiones doctrinales: la crítica de Tamayo Jaramillo**

Las vacilaciones jurisprudenciales en torno a la pérdida de oportunidad han tenido eco en la doctrina. Una de las críticas más radicales proviene de Javier Tamayo Jaramillo, para quien en el ámbito de la salud no existe la pérdida de oportunidad como daño autónomo, pues lo único que se lesioná realmente es la vida o la integridad, no una expectativa intermedia. En sus palabras:

La llamada pérdida de oportunidad en materia médica es una contradicción en los términos, porque el paciente nunca tuvo la certeza de curarse, y en consecuencia no puede hablarse de un daño cierto y autónomo. Lo que hubo fue una probabilidad frustrada, pero las probabilidades no son daños resarcibles.

Para este autor, y para quienes lo siguen, la jurisprudencia colombiana habría creado una categoría ficticia, más movida por el afán de hacer justicia material que por fundamentos dogmáticos sólidos. Si no hay prueba del nexo causal con el resultado final –muerte o lesión–, lo correcto sería absolver y no inventar una figura intermedia.

Estos aportes doctrinales confirman que la pérdida de oportunidad no solo divide a la jurisprudencia, sino también a la academia: mientras algunos la reconocen como una herramienta útil de equidad frente a la incertidumbre probatoria, otros la consideran un artificio conceptual que erosiona la exigencia de certeza en el derecho de daños.

Ahora bien, frente a esta crítica cabe recordar que el derecho de daños no solo se erige sobre la certeza lógica, sino también sobre valores de equidad. En contextos como la responsabilidad médica, exigir prueba plena del nexo causal equivale muchas veces a negar toda reparación a quienes sí vieron mermadas de manera cierta sus probabilidades de sanar o sobrevivir. La pérdida de oportunidad, entonces, lejos de ser una ficción, se justifica como un cauce intermedio que permite materializar la justicia en medio de la incertidumbre, evitando que la carga de lo indemostrable recaiga siempre en la víctima.

## Conclusión

La pérdida de oportunidad se ha consolidado como una herramienta de justicia en contextos de incertidumbre médica: permite reparar a quienes, sin prueba plena del nexo causal, habrían quedado desprotegidos, a pesar de que la falla del servicio les privó de una probabilidad real y apreciable de curarse o sobrevivir. Su legitimidad entonces descansa en la equidad, pues evita que la dificultad probatoria se traduzca en impunidad frente al sufrimiento de los pacientes. Sin embargo, las divergencias jurisprudenciales y el escepticismo de parte de la doctrina –que cuestiona su carácter de daño cierto– muestran que no se trata de una figura pacífica. Más bien, encarna la tensión estructural del derecho de daños entre seguridad jurídica y justicia

material, lo que obliga a precisar sus contornos para que siga siendo un instrumento fiable de reparación y no un recurso retórico.

## Bibliografía

### Jurisprudencia

- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 21 de octubre de 1999, Exp. 10755.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 10 de agosto de 2000, Exp. 11519.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 11 de agosto de 2010, Exp. 18593.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 7 de julio de 2011, Exp. 20139.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de febrero de 2014, Exp. 31172.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 5 de abril de 2017, Exp. 25706.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 20 de mayo de 2024, Exp. 57732.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 2 de agosto de 2024, Exp. 59550.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 28 de octubre de 2024, Exp. 66642.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC456-2024.

### Doctrina

- ANDRADE, Catalina y Juliana Caicedo. “La pérdida de oportunidad en la jurisprudencia colombiana: evolución y tensiones”. *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, n.º 39 (2020):1-40.
- ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. *La responsabilidad civil: doctrina y jurisprudencia*. Madrid: Civitas, 1993.
- MEDINA ALCOZ, Luis. *La teoría de la pérdida de oportunidad*. Pamplona: Thomson Civitas, 2007.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*. Bogotá: Legis, 2017.