

# REPÚBLICA DE COLOMBIA



## CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

**Magistrado Ponente:** ALBERTO MONTAÑA PLATA  
**Expediente:** 76001-23-31-000-2006-00041-01 (53.435)  
**Demandante:** ALEJANDRO CRUZ SAMANIEGO Y OTROS  
**Demandado:** NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA Y OTROS  
**Medio de control** REPARACIÓN DIRECTA – PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

### ACLARACIÓN DE VOTO

En consonancia con lo manifestado en la respectiva sesión de la Sala, comparto la decisión de la referencia que confirmó la sentencia de primera instancia, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda; sin embargo, considero oportuno aclarar el voto en relación con la institución de la pérdida de la oportunidad, más aún si en la sentencia no se fijó un criterio unívoco sobre la misma.

1) La pérdida de oportunidad en la responsabilidad patrimonial del Estado ha sido empleada tanto en materia precontractual como en el escenario extracontractual; mientras que en la primera sirve como parámetro o criterio para la indemnización de expectativas legítimas de un proponente no favorecido con la adjudicación de un contrato, en el ámbito extracontractual ha tenido distintos entendimientos (v gr daño autónomo, perjuicio autónomo o sistema de aligeramiento del nexo causal).

Así las cosas, lo primero que debo precisar que es no es posible confundir o equiparar la noción de pérdida de oportunidad en asuntos precontractuales con aquella que opera en materia extracontractual, por cuanto tienen contenidos y alcances disímiles, en tanto, insisto, en el primer ámbito se usa como criterio para la tasación de perjuicios derivados de un daño ocasionado por la irregular o indebida adjudicación de un contrato, lo cual genera en el proponente no favorecido una expectativa legítima frustrada que debe ser ponderada o valorada con criterios de equidad (artículo 16 Ley 446 de 1998); por el contrario, la pérdida

de oportunidad en la responsabilidad patrimonial extracontractual es un asunto que tiene que ver con el daño mismo, tal como se explicará a continuación.

2) Ahora bien, la pérdida de oportunidad tiene especial aplicación práctica en la responsabilidad médico - sanitaria, debido a que resulta perfectamente posible que el Estado en desarrollo de su actividad hospitalaria no haya ocasionado un daño al cien por ciento (100%) sino que, por el contrario, la lesión se circunscriba a la disminución de oportunidades de salvación, de cura o de merma de periodo superior de vida (sobrevida).

Por ejemplo, en el caso concreto el tribunal de primera instancia consideró que de las pruebas obrantes no era posible establecer si de haberse practicado una cesárea o haber inducido el alumbramiento en un tiempo menor hubiera evitado el daño, motivo por el cual aplicó la teoría de la pérdida de la oportunidad y reconoció, a su vez, un perjuicio autónomo denominado pérdida de oportunidad.

3) En la jurisprudencia de la Sección Tercera de la Corporación se han formulado tres (3) tesis en relación con la noción de “pérdida de la oportunidad”:

a) La primera tesis<sup>1</sup> sostiene que la pérdida de la oportunidad consiste en un sistema de aligeramiento probatorio del nexo causal, motivo por el cual el juez debe establecer el porcentaje de probabilidades restadas o eliminadas para saber si el daño alegado (v gr la muerte) es o no atribuible causalmente al Estado. En otros términos, el juez con fundamento en pruebas técnicas o científicas debe establecer el porcentaje de oportunidades de salvación o de cura cercenadas por la actividad estatal para así definir si el daño invocado en la demanda es o no imputable a la entidad hospitalaria.

A modo simplemente ilustrativo, si la falta de atención oportuna restó oportunidades de que a un paciente no le amputaran el pie en un 70%, cabría concluir que el daño a la integridad psicofísica es atribuible al Estado; contrario sensu, si el porcentaje de no amputación, según las pruebas técnicas, fuera del 10% o menos, el juez tendría que concluir que no existe nexo causal entre el daño reclamado (lesión psicofísica) y la falla del servicio probada (demora en la atención).

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de septiembre de 2002, expediente no. 13.890, MP Germán Rodríguez Villamizar. Consultar igualmente: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de octubre de 2013, expediente no. 25.869, MP Enrique Gil Botero.

b) La segunda tesis<sup>2</sup> entiende la pérdida de oportunidad como un daño autónomo que genera un perjuicio autónomo, motivo por el cual en estos casos el daño solicitado (v gr muerte o lesión) no sería atribuible al Estado, sino solo el porcentaje de recuperación o de salvación cercenado, razón por la cual en el curso del proceso surgiría un daño autónomo e independiente denominado “pérdida de la oportunidad” que sería indemnizable a través de un perjuicio autónomo con la misma denominación, sin que fuera posible reconocer otros perjuicios adicionales (materiales de lucro cesante o daño emergente ni inmateriales como morales o a la salud).

c) Finalmente, la tercera postura<sup>3</sup> sostiene que la pérdida de la oportunidad constituye un daño autónomo que debe ser reparado a través de los perjuicios tradicionales (materiales e inmateriales) pero según el porcentaje perdido, debidamente acreditado mediante una prueba técnica o científica.

En esta última hipótesis, la pérdida de la oportunidad configura un daño que surge durante el trámite del proceso con apoyo en el material probatorio, por manera que el daño principal o primigenio (muerte o lesión) no puede ser reparado por cuanto no es imputable al Estado dado que no lo causó en un cien por ciento (100%).

A modo de ejemplo, una paciente con múltiples partos que sufre una atonía uterina en su último alumbramiento y que muere (daño principal) ante la falta de bolsas de sangre en el centro médico (falla del servicio), sería el típico evento de pérdida de oportunidad si en el proceso se demuestra que aún de haber existido las bolsas de sangre la gestante hubiera fallecido en un 10%, 20% o 30%, etc; como se advierte en esta hipótesis, el Estado materialmente no “causó” la muerte de la paciente, sino que le restó oportunidades de salvación o de supervivencia, según lo que quede acreditado en el proceso, pérdida que constituiría un daño independiente, autónomo denominado “pérdida de la oportunidad”, indemnizable a través de los perjuicios tradicionales (materiales e inmateriales) pero tasados estos de forma proporcional según el porcentaje del daño, esto es, el porcentaje de pérdida de salvación o de recuperación.

4) En la sentencia de la referencia se explicaron de manera sucinta las tesis sobre la pérdida de la oportunidad en escenarios de responsabilidad patrimonial extracontractual; no

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 26 de febrero de 2014, expediente no. 28.579, MP Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de abril de 2017, expediente no. 25.706, MP Ramiro Pazos Guerrero.

obstante, no se fijó un criterio por parte de la Subsección, pues, la decisión se limitó a señalar que por tratarse de un evento de apelante único no se afectaría la situación de la parte actora.

Disiento de la forma como se abordó el análisis acerca del contenido y alcance de la pérdida de la oportunidad en la sentencia de la referencia, ya que una vez expuestas y decantadas las posturas hasta la fecha desarrolladas por el Consejo de Estado, la sentencia no adoptó un criterio uniforme pese a criticar cada una de las teorías jurisprudenciales antes explicadas. En otros términos, la providencia cuestionó y criticó cada una de las líneas jurisprudenciales desarrolladas, pero se abstuvo de identificar y justificar cuál sería entonces entendimiento adecuado de una institución tan relevante para la responsabilidad patrimonial como lo es la pérdida de la oportunidad.

En ese orden de ideas, la providencia al abstenerse de adoptar un criterio unívoco, luego de criticar las distintas teorías esbozadas hasta la fecha, genera un problema jurisprudencial de mayor envergadura, dado que deja en libertad de los operadores judiciales aplicar un criterio de nexo causal o de daño autónomo, pues, insisto, no determinó cuál era el sistema idóneo para solucionar este tipo de problemáticas a las que se enfrenta la jurisdicción de lo contencioso administrativo día a día.

Aunado a lo anterior, el hecho de no fijar un criterio hermenéutico frente a la pérdida de la oportunidad puede ocasionar que casos con idénticos supuestos fácticos sean decididos de manera disímil o distinta según el enfoque conceptual con que se aborden; si un funcionario judicial aplica la tesis del nexo causal, es posible que concluya que el daño (muerte) no sea imputable al Estado en virtud del bajo porcentaje de oportunidad perdida (v gr 10% o menos), mientras que si otro operador jurisdiccional emplea el criterio del daño autónomo, reconocerá una indemnización proporcional de perjuicios así el porcentaje de pérdida sea bajo (v gr 10% o menos).

5) Sin perjuicio de lo anterior, considero importante señalar que el criterio que en mi opinión se adapta mejor a los supuestos de responsabilidad patrimonial extracontractual por la actividad médico – sanitaria es el del daño autónomo, en tanto garantiza en mayor proporción la justicia material frente a eventos en los cuales queda probado, científica y técnicamente, que la falla del servicio de la administración no produjo el daño principal o primigenio, sino que restó oportunidades de salvación, de recuperación o de sobrevida.

*Expediente: 76001-23-31-000-2006-00041-01 (53.435)*

*Demandante: Alejandro Cruz Samaniego y otros*

*Aclaración de voto*

Por consiguiente, estoy convencido de que la Sala ha debido reiterar el precedente contenido en la sentencia del 5 de abril de 2017, para al menos garantizar la igualdad material en los casos que deban ser fallados con fundamento en la teoría de la pérdida de la oportunidad, al menos hasta que se unifique la jurisprudencia sobre la materia.

**FREDY IBARRA MARTÍNEZ**  
**Magistrado**  
**(Firmado electrónicamente)**

*Constancia: la presente aclaración fue firmada electrónicamente por el suscrito magistrado en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley 2213 de 2022.*