LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA: UN ANÁLISIS DE LA SENTENCIA SC456-2024 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA

Yulieth Carolina Barrios Carreño[1]
Rafaela Sayas Contreras[2]

Introducción

Examinar la pérdida de la oportunidad como perjuicio autónomo derivado de la culpa médica obstétrica, implica un ejercicio que involucra la consideración de los elementos que estructuran la responsabilidad civil, pero al tiempo, ponen de manifiesto elementos relacionados con la condición de vulnerabilidad de la mujer gestante y de la vida del que está por nacer, supeditada a la atención obstétrica en la que resulta comprometida la pérdida de la oportunidad a una vida sana. Este tipo de perjuicio se abre campo en Colombia con fuerza, sin embargo, en un principio fue acogido por el Consejo de Estado y su desarrollo sirve luego de base para que esta, sea aplicada en el año 2008 por la Corte Suprema de Justicia.

Analizar la responsabilidad médica implica analizar los elementos estructurantes de la responsabilidad, el hecho antijurídico, la culpa, el daño y el nexo de causalidad desde los parámetros de la responsabilidad civil subjetiva y atendiendo las obligaciones de los médicos como de medios, donde prima la diligencia y el cuidado. Es por ello que este trabajo aborda el análisis de la sentencia anunciada, en la que se destaca de manera protuberante el quebrantamiento de la *lex artis ad hoc* en un procedimiento de parto, en el que no se hizo adecuadamente el monitoreo a la madre, ni al *nasciturus* omitiendo las alertas correspondientes que hubieran determinado otro desenlace para la menor y la familia.

Este trabajo se aborda desde los parámetros de la investigación cualitativa, de tipo jurídico-dogmático, descriptivo, a partir del uso de fuentes secundarias y el objetivo trazado implica determinar cómo se aborda la pérdida de la oportunidad como daño autónomo

1 Estudiante del Programa de Derecho de la Universidad de Cartagena, semillerista del Grupo de Investigación Conflicto y Sociedad de la Universidad de Cartagena. Correo electrónico: ybarriosc@unicartagena.edu.co
2 Abogada, Docente e investigadora de la Universidad de Cartagena, y Directora del Grupo de Investigación Conflicto y Sociedad de la Universidad de Cartagena, Categoría A Minciencias. Magíster en Derecho por la Universidad Nacional de Colombia, Doctora de Sociología por la Universidad de Belgrano Buenos Aires (Argentina), con estudios doctorales en Ciencias Sociales, Universidad de Buenos aires – UBA(Argentina). Becaria por Colombia de la Organización de estados americanos -O.E.A, Especialista en Resolución de conflictos. Docente en grado y posgrado y autora de varios libros, capítulos de libro y ponente internacional. Correo electrónico: rsayas@unicartagena.edu.co

en la jurisprudencia la articulación entre la culpa médica y relación de causalidad entre esta y la oportunidad perdida, así las cosas, la pregunta problematizadora que sirve de guía a este trabajo es:¿ Cómo se aborda en Colombia a luz de la jurisprudencia la doctrina la pérdida de la oportunidad como daño autónomo y su aplicación práctica ?

En aras de alcanzar el objetivo propuesto y dar respuesta a los interrogantes planteados, en un inicio se realizará una aproximación teórico-conceptual del tema en el que se aborda el estudio del concepto de la pérdida de la oportunidad desde la teoría del daño, y la concepción de perjuicio autónomo, luego se revisaran los antecedentes y a renglón seguido se hará un análisis de la Sentencia SC456-2024 de la Corte Suprema de Justicia y por último se plantean las respectivas conclusiones.

1. Aproximándonos conceptualmente al perjuicio autónomo de pérdida de la oportunidad.

1.1. Teoría del daño y reparación integral

La reparación integral del daño implica un estándar de justicia que deben satisfacer los operadores judiciales frente al daño que debe soportar la víctima de la acción u omisión de un hecho dañoso. En ese sentido, desde la teoría del daño, se busca, en lo posible, dejar a la víctima en una situación lo más parecida a la que se encontraba antes de la ocurrencia del daño provocado por un tercero.

Para hablar de la reparación integral del daño hay que precisar que la doctrina hace una distinción entre lo que es el daño como tal y lo que viene a ser el perjuicio, pero, al final, estas dos concepciones están unidas entre sí, por lo que algunos doctrinantes prefieren no hacer la distinción.

"En muchas latitudes, los términos de "daño" y de "perjuicio" son jurídicamente tratados como sinónimos, de tal forma que ambos hacen referencia a una alteración desfavorable de un estado de cosas susceptible de ser indemnizado —tal como ocurren a modo de ejemplo, en Argentina y España12—. De esta forma, las diferentes clases de detrimentos reparables que puede soportar una persona, como 1 son el lucro cesante, el daño emergente o el entre otros tipos de menoscabos cuya reparación puede variar según el ordenamiento jurídico del que se trate, son referidos indistintamente Como daños o perjuicios, sin que sus concepciones admitan distinción alguna y en consecuencia, no se puede perder de vista que en esos países, cuando en materia de pérdida de oportunidad se identifica al truncamiento de una expectativa con un daño o con un perjuicio, es claro que se les equipara a un mismo y único elemento de la responsabilidad patrimonial, esto es, a la situación negativa susceptible de ser reparada"(Plata Prince, 2019, p.99)

De la misma manera lo plantea José Fernando Márquez(s.f), se distinguen dos acepciones del daño: daño en sentido amplio y daño

en sentido estricto. Daño en sentido amplio es toda lesión a un derecho subjetivo o a un interés legítimo. Daño en sentido estricto es el detrimento o menoscabo producido en el ámbito patrimonial o extrapatrimonial, derivado de la lesión a un derecho subjetivo o a un interés legítimo (citado por Giraldo Gómez, 2018).

En este sentido, hay que entender que no se puede hablar de reparación integral del daño sin tener en cuenta la noción de perjuicio, que es lo que realmente se va a indemnizar. Este perjuicio es considerado el daño en sentido estricto y es consecuencia del daño en sentido amplio. En referencia a esta distinción, tradicionalmente la jurisprudencia ha sostenido que la muerte de una persona no puede ser considerada, por sí sola, como un hecho susceptible de ser resarcido. Y no lo es porque la vida humana no es un bien patrimonial cuya pérdida pueda ser estimada como perjuicio indemnizable: cada ser humano es un fin en sí mismo y, como tal, no tiene precio ni puede ser reemplazado por ningún otro objeto, mucho menos por el dinero.

Por ello, ha dicho la Corte que "*sería atentar contra los sentimientos de la naturaleza humana, afirmar que, por la sola muerte de una persona, sus familiares eran acreedores al pago de perjuicios materiales, como si la vida de un hombre, a semejanza de la de un animal o de cualquier otra cosa, pudiera ser objeto del derecho, como ocurría en siglos ya abolidos, en el que el esclavo se apreciaba en dinero, como una de tantas mercancías*" (G. J., tomo LXI, citado por Giraldo Gómez, 2018, P. 132). Lo que se pretende indemnizar no es el daño en sí mismo, que en algunos casos podría ser la muerte, sino las consecuencias que dicha muerte, entendida como el daño en sentido amplio, que generó en otras personas.

Una de las formas de manifestarse el principio de reparación integral del daño es con la distinción que se ha hecho sobre daño material e inmaterial, entendiendo que la dimensión de daño no se limita solo a los perjuicios que se pueden resarcir directamente con el valor económico de las cosas (daño material). Por el contrario, hay perjuicios que no tienen un valor derivado de la utilidad, pues su valor va más allá de una cuantificación económica. Estos daños tienen que ver con la esfera interna del sujeto que se ve afectada (daños extrapatrimoniales).

El daño se clasifica en patrimonial y extrapatrimonial, según afecte el patrimonio o recaiga sobre derechos inmateriales de la víctima. El patrimonial, conforme al artículo 1613 del Código Civil, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante:

> *«Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado*

su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento» (SC 072/25 CSJ).

Estos perjuicios sí se pueden definir por el valor económico de las cosas. La Corte, en esta misma sentencia, ha precisado el alcance que tienen los daños extrapatrimoniales, que antes solo se entendían como daños morales provenientes de "dolores, padecimientos, aflicciones y afectaciones como individuo y ser social" (SC 088-1994, citada por la CSJ, 2025). Este alcance ha ido evolucionando y, hoy no se limita el daño extrapatrimonial al daño moral, sino que abarca otras dimensiones que afectan la esfera interna del sujeto. Estos daños son los siguientes: el daño a la salud, a la vida de relación o a bienes jurídicos de especial protección constitucional.

Para que se pueda hablar de una reparación integral del daño, a la víctima se le debe reconocer todos los perjuicios en las distintas dimensiones en las que se puedan presentar. Dejando sentado que casa caso específico debe ser examinado atendiendo sus particularidades, y en lo posible, regresar a la víctima al estado en que se encontraba antes del daño provocado por un tercero, quiere decir que debe examinarse la estimación del perjuicio indemnizable aun cuando se la oportunidad "perdida", aspecto que trataremos a continuación.

1.2. La pérdida de oportunidad como perjuicio autónomo

La doctrina de la pérdida de la oportunidad es muy amplia pero no es pacífica en su aplicación, es por ello que tomamos como referente conceptual los elementos planteados en la Sentencia proferida por la Sección Tercera del consejo de Estado de 21 de marzo de 2012, relacionada con la pérdida de oportunidad de seguir viviendo de un agente de la policía que participó en un operativo urbano contra una célula de un grupo insurgente sin la dotación de elementos necesarios como el chaleco antibalas, aspecto que a la postre le costó la vida. En dicha sentencia el consejo de Estado plantea como requisitos del daño indemnizable de la figura, los siguientes: *i.* Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde*, ii.* Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento *y iii.* La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado. Brevemente a continuación daremos cuenta de cada una:

Respecto del primer requisito es importante retomar el concepto de "chance" u oportunidad que se pierde, no estamos refiriéndonos a las consecuencias económicas que pudieron alcanzarse, nos referimos a la "certeza" de la oportunidad que se frustró, como por ejemplo, nadie dudaría, como en el caso que se ejemplifica en la sentencia, que, si bien, el agente de policía, pudo llevar chaleco anti

balas y de igual manera perder la vida, sin embargo, lo que si está claro es que su ausencia por la falta de dotación de este material de protección , frustro la posibilidad de seguir viviendo. Así las cosas: "siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de *"una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente"* de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes" (Consejo de Estado, Sentencia de 21 de marzo de 2012, Rad. 54001233100019972919 01, La Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional vs familia agente José Serafín Flórez Núncira).

En segundo lugar, la imposibilidad de obtener la ventaja se materializa porque la oportunidad se perdió indefectiblemente, el daño se consolidó porque la oportunidad esta irremediablemente perdida y, por último, la víctima, que es la persona que sufrió o padeció el daño, se encontraba en una situación para alcanzar el resultado beneficioso, es decir, en el caso en comento, seguir disfrutando del derecho a seguir con vida. En este último aspecto apuntala el consejo de Estado:

"[E]s decir que debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba, posición jurídica que *"no existe cuando quien se pretende damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida".*(Consejo de Estado, 2012).

Para que se pueda configurar un daño, la oportunidad debe considerar un interés legítimo del cual la víctima se vio imposibilitada de obtener, y no se debe confundir la noción de daño final, con el daño por pérdida de la oportunidad. El daño final, entendido como la consecuencia negativa que se consolida para quien lo sufre, que, por ejemplo, en materia de responsabilidad médica, podría ser la muerte o la pérdida de la capacidad de una persona, entonces no es el resultado final el constitutivo del daño por pérdida de la oportunidad. Es por ello que, para hablar de pérdida de la oportunidad, se debe considerar en conjunto su naturaleza, por una parte, implica un grado de certeza, y por la otra, un grado de incertidumbre, es decir estamos hablando de probabilidades reales, aspecto que no descarta que en el análisis de las mismas también exista un grado de incertidumbre.

Por ello Plata Prince (2019) sostiene que, en estos casos, se está frente a una situación causal en la que convergen:

(i) La certidumbre de que la ocasión efectivamente se pierde, de tal forma que se sabe que la expectativa que podía haber ocurrido ya nunca va a realizarse ya que un hecho ajeno a la voluntad del que la tenía la destruye por completo o aminora su posibilidad de concreción. *(ii)* La incertidumbre de que esa po-

sibilidad beneficiosa se hubiese podido constituir en el provecho esperado, debido a que desde un principio era aleatoria, duda que se mantienen a futuro en la medida en que su acercamiento impide ulteriormente verificar su materialización (Plata Prince, 2019, p.28).

En nuestro criterio es más pacífico trabajar sobre el concepto de probabilidades desde la perspectiva de que pueda materializarse o no, apartándose del concepto de "alea". La certeza y la incertidumbre van de la mano; no son excluyentes, sino que se complementan, porque no se puede establecer el grado de incertidumbre si no se tiene el grado de certeza y, a la vez, del grado de incertidumbre se va a tener el grado de certeza. Por lo tanto, siempre que se hable de pérdida de la oportunidad, va a existir un grado de incertidumbre; y esto no quiere decir que el daño no sea cierto, puesto que la incertidumbre y la certeza, en conjunto, materializan el daño por pérdida de la oportunidad.

En cambio, si esa persona tenía la posibilidad de mejorar y, por culpa del personal médico, esa posibilidad quedó frustrada definitivamente, la frustración es lo que se denomina daño por pérdida de la oportunidad, que, como señala la doctrina, puede generar distintos perjuicios, que pueden ser materiales o inmateriales dependiendo de cuál sea el interés legítimo que se perdió. No se imputa del hecho, que sea la causa de la muerte de una persona, sino la causa de la pérdida de la oportunidad de recuperarse (Plata Prince, 2019).

Hay varios sectores de la doctrina que buscan determinar cuál es su alcance y su naturaleza. Por una parte, tenemos a los que sostienen que la pérdida de la oportunidad es un perjuicio material, que no llega a ser lucro cesante, ni daño emergente, por la falta de certeza que es propio y característico de la misma, y que no se puede indemnizar el valor total de la ganancia esperada. Por otra parte, tenemos ese lado de la doctrina que se refiere únicamente a la pérdida de la oportunidad como daño moral, independiente de si el perjuicio es material, pues sostiene que esa frustración es propia del ser interno de cada persona. (Plata Prince, 2019).

La solución práctica para acabar con esta dualidad, es darle el reconocimiento como daño autónomo, cuya indemnización va a depender de la probabilidad medida en porcentaje. Este porcentaje no puede ser del 100%, porque se estaría perdiendo la esencia del elemento de incertidumbre. Tampoco el porcentaje debe ser del 0%, porque se estaría perdiendo el elemento de certeza (Plata Prince, 2019)

2. Antecedentes doctrinales y jurisprudenciales sobre pérdida de la oportunidad.

Es necesario rastrear los orígenes del perjuicio denominado, pérdida de la oportunidad, porque en un principio la pérdida de la chance no se configuraba como un perjuicio. El primer antecedente lo encontramos en el

fallo *Chaplin v. Hicks*, relacionado con un concurso de belleza anunciado en un periódico en Inglaterra en 1908. Las reglas del concurso eran las siguientes: cada una de las interesadas deberán enviar, junto con sus datos personales, fotografías y una descripción personal, que se publicarán en el mismo periódico, para que sus lectores votaran por las favoritas, resultando favorecidas las doce concursantes más votadas con contratos de actuación. Ante la publicación, se postularon más de seis mil aspirantes, lo que hace necesario, introducir nuevas condiciones para el concurso. De entre todas las aspirantes, Hicks escogerá trescientos perfiles y realizará una división del Reino Unido en diez distritos, publicando en un periódico de cada uno las fotos de las aspirantes pertenecientes al mismo, de manera que los lectores de cada uno de ellos puedan votar por sus candidatas preferidas; luego, citará a cada una de las cinco concursantes más votadas de cada distrito –cincuenta finalistas en total– a una entrevista personal donde se definirían doce ganadoras del certamen, recibiendo estas los cuantiosos contratos de actuación objeto del concurso. (Gómez. P. 2021).

Chaplin fue la aspirante más votada en su distrito, pero ella no pudo participar en la entrevista porque no le comunicaron con tiempo, privándola de la posibilidad de ganar el premio. Ella solicitó reprogramar la entrevista, a lo cual Hicks se negó y eligió a las 12 ganadoras sin tener en cuenta a Chaplin. La aludida, llevó el caso a una instancia judicial, argumentando que le habían privado de la posibilidad de participar en el concurso, en el cual tenía muchas probabilidades de ganar. La instancia, en primer lugar, le dio la razón a la demandante, y eso llevó a que Hicks apelará ante el alto tribunal, sin imaginarse que este mismo iba a reconocer el daño que ocasiona la pérdida de una oportunidad, que en este caso era la que tenía Chaplin, a la que se le negó la oportunidad de ser entrevistada (oportunidad perdida) más allá de que ganara o no el concurso o certamen.

La Corte le dio la razón a Chaplin, argumentando que esta oportunidad perdida tenía un valor que debía ser indemnizado, y que el jurado tenía que conceder una cuantificación adecuada a cada daño por oportunidad perdida. El juez Vaughan Williams, con referencia al caso, sostuvo lo siguiente: "El hecho de que los daños no puedan ser estimados con certeza no exime a los infractores de la necesidad de pagar daños ocasionados por su incumplimiento del contrato" (citado por Gómez P , 2021, p. 30).

En este caso, el tribunal no estaba reconociendo la pérdida de un premio, sino la pérdida de la oportunidad de competir, puesto que Chaplin tenía una posibilidad real de ganar.

En 1915, la Corte canadiense también se pronunció en un fallo donde hace referencia a esta figura, en el marco de una relación contractual sobre la construcción de un ferroca-

rril. Este caso es conocido como *Wood vs. Grand Valley Railway*. En dicho proceso, la compañía Wood presentó una demanda, argumentando que tenía la expectativa de obtener grandes ingresos económicos, los cuales se vieron frustrados por el incumplimiento en la construcción del ferrocarril. Si bien se construyó una parte, esta no correspondía a lo pactado inicialmente con la compañía Grand Valley Railway. El caso llegó a la Corte Suprema de Canadá, la cual reconoció la pérdida de la posibilidad de obtener una ganancia como un daño que debía ser indemnizado, independientemente de si era posible cuantificar, ya que no había certeza alguna respecto de la ganancia que no se obtuvo. (Gómez P, 2021)

Henry y Leon Mazeaud introdujeron al concepto de la pérdida de la oportunidad, la noción de la frustración de evitar una pérdida y de la de pérdida definitiva (Gómez, P. 2021). Hoy en día sigue siendo de mucha relevancia para hablar de pérdida de la oportunidad, la noción de la posibilidad de evitar un resultado desfavorable, que dicho resultado a su vez sea definitivo. Esto busca explicar lo que sucede en el caso de un retraso, cuando el médico no diagnostica a tiempo una enfermedad, y el paciente muere. En estos casos no se le puede atribuir la muerte al médico, si la enfermedad tenía la posibilidad de causarle la muerte, lo que se le puede atribuir al médico es la pérdida de la probabilidad que el paciente tenía de recuperarse, o restar posibilidad de seguir viviendo.

Si bien este tema ha sido acogido por la jurisdicción ordinaria civil, en la jurisprudencia colombiana, este concepto fue adoptado por primera vez en 1998 por el Consejo de Estado, en un caso de responsabilidad precontractual. El caso era más o menos parecido al de Chaplin vs. Hick. En esta ocasión, el demandante fue Muebles Metálicos Famet Ltda**.**, quien presentó una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, frente a una licitación pública que realizó el Instituto de Seguros Sociales para la adquisición de muebles hospitalarios. La sociedad Muebles Metálicos Famet Ltda. demandó ante el Tribunal Administrativo, pretendiendo que se le repararán todos los daños que le ocasionaron por ser descalificados, sin tener en cuenta su propuesta, argumentando que no cumplió con los requisitos para poder ser seleccionada, solo porque la respectiva firma la había hecho el suplente del representante legal y no el mismo.

El Tribunal Administrativo reconoció que se debía pagar a la parte actora una indemnización por concepto de daño emergente y lucro cesante, teniendo en cuenta que el suplente, sí tenía potestad para hacer la respectiva firma. (Gómez P. 2021). Los demandantes, no conforme con el fallo del tribunal, presentaron un recurso de apelación, para que sé que le reconocieran todos los daños específicamente porque tenían muchas posibilidad de ser seleccionada. Aunque no estaba en las pretensiones, El Consejo de Estado, precisó el concepto de pérdida de la oportunidad para

llegar a la conclusión que ya había llegado la doctrina y la jurisprudencia extranjera y es que la pérdida de la oportunidad es un daño que debe ser indemnizado de forma autónoma, independiente del lucro cesante y el daño emergente.

En este caso la sostuvo lo siguiente: La llamada "pérdida de una oportunidad" causa daño a quien se privó de ella y basta considerar algunas situaciones para comprender que la oportunidad o la chance posee un valor en sí misma, independientemente del hecho futuro (Sentencia del 28 de mayo de 1998, exp. 10539. citada por Gomez. P. 2021).

En el caso en cuestión el consejo le reconoce el 80% del valor de la ganancia que no se obtuvo, por concepto de pérdida de pérdida de la oportunidad, porque quedó demostrado que la víctima si tenía grandes posibilidades de obtener el beneficio esperado.

Posteriormente, en 1999, el Consejo de Estado volvió a pronunciarse sobre este tema en un caso de responsabilidad médica, donde se demandó a una institución prestadora del servicio por su mala gestión, la cual provocó la muerte de una persona. Pero, en esta oportunidad, el Consejo de Estado abordó el tema con relación a la interrupción del nexo causal. En palabras del Consejo de Estado "En efecto, el centro hospitalario ha privado al paciente, por su retardo en la prestación del servicio, de la posibilidad de recibir un tratamiento oportuno. Es lo que doctrinalmente se conoce como la pérdida de una oportunidad" (Rad. CE-SEC3-EXP 1999-N 11943, citado por Gómez P, 2021). En este caso, el Consejo de Estado reconoció el daño por pérdida de la oportunidad como autónomo, el cual se materializa con la disminución de las probabilidades de sobrevivir o de sanar, lo que supone, a su vez, una frustración definitiva para la víctima. De esta manera, abordó el tema como un daño en sentido de lesión de un derecho que debe ser resarcido.

3. Pérdida de la oportunidad en la jurisprudencia de la corte suprema. Análisis de la Sentencia SC456 de 2024. Acerca del perjuicio autónomo.

Se elige la sentencia en comento porque contiene elementos que permiten apreciar la pérdida de la oportunidad como perjuicio autónomo, decisión enriquecida por el análisis probatorio que hace la Corte en dos perspectivas: considerar la pérdida de la oportunidad como perjuicio específico y además considerar el derecho a la salud en la mujer gestante desde una perspectiva de asimetría de poder y debilidad manifiesta.

La sentencia tiene un nutrido análisis por parte de la Corte, luego de que las pretensiones de la demandante, una mujer gestante, cuyo parto no fue atendido por el personal sanitario de acuerdo a los lineamientos de la *lex artis ad hoc,* fueran negadas en primera y segunda instancia. La culpa médica contribuyó en gran medida al deterioro de la vida del

nasciturus, quien fue una niña, con hipoxia cerebral, considerando la desatención en el momento del parto, por demás prolongado y sin monitoreo de la madre, que determinó una incapacidad para la niña del 100 %.

La particularidad de esta sentencia se concreta en el análisis de la relación de causalidad, elemento que a la postre determina la postura de la sala, a través de la cual se abre paso, la responsabilidad de la EPS, IPS y de los médicos tratantes y la estimación del perjuicio de "pérdida de la oportunidad". En ese orden de ideas sobre la relación causal, plantea la Corte:

"En asuntos de responsabilidad médica, este es el aspecto de mayor discusión pues no es factible imputar al profesional de la medicina las consecuencias perjudiciales que afecten al paciente mientras no se determine la existencia de un vínculo causal entre éstas y su actuar culposo, al amparo de que, en línea de principio, las obligaciones del médico son de medio, es decir, de prudencia y diligencia, más no de resultado" (SC456 de 2024).

Lo anterior para centrar su análisis en dos aspectos: 1. Que el desencadenante del daño final tiene como causa el comportamiento negligente e imprudente del personal sanitario(culpa), sin embargo, la sala cuestiona que no puede de manera rotunda concluir la relación causal entre la culpa médica y la hipoxia cerebral de la niña y 2. Que la culpa médica obstétrica pudo en el terreno de la probabilidad, incidir en la pérdida de la oportunidad de una vida sana para la menor.

Respecto del primer punto, argumenta la sala que, "*no existe absoluta certeza sobre la existencia de un nexo causal entre la negligente atención brindada a la madre en su trabajo de parto y el daño final padecido por su hija al momento del nacimiento consistente en «asfixia perinatal» y «trauma»*". De hecho, sobre este punto en particular, acude al análisis de los expertos quienes son de la postura que no existe claridad de la causa de la hipoxia de la recién nacida, para ello hace un análisis concienzudo del acervo probatorio, descartando la responsabilidad en cabeza de la EPS y demás personal sanitario, cosa que no pasa con el punto dos, antes anunciado, en el entendido de que la consideración de la sala, tiene un abordaje distinto cuando lo que se plantea es la oportunidad perdida para la niña, a una vida sana.

Respecto de este punto, la sala priorizó el análisis de pérdida de la oportunidad como pretensión indemnizatoria, que había sido denegado, en ese orden de ideas, centra su análisis no en la causalidad constitutiva del daño final materializado, sino a la pérdida de oportunidad de evitarlo.

"En estas condiciones, la verificación del nexo causal supone acreditar que, con la acción u omisión culposa del agente, la víctima vio frustrada o truncada definitivamente una posibilidad, lo que se traduce en un daño cierto y actual, independientemente del re-

sultado final" (Sentencia Corte Suprema de Justicia, SC456 de 2024)**.**

Es importante que la oportunidad frustrada implique pérdida de la posibilidad de sanación, chance de sobrevivencia, de no ser inválido o discapacitado o recuperación de la salud, como ocurrió en este caso bajo examen. Dicha oportunidad perdida frustró para la menor la posibilidad de una vida plena, sin discapacidad y que dicha chance tiene la característica de ser una probabilidad cierta, seria y actual, características conocidas para el daño resarcible. Es así como la sala interpela a través del cuestionamiento siguiente: ¿si de haberse realizado la actuación omitida o si se hubiera llevado a cabo en forma adecuada, el resultado hubiera podido ser otro? El análisis del caso evidencia que, efectuado un exhaustivo análisis probatorio en el que se ponen de presentes las omisiones en la vigilancia y monitoreo del parto de la madre y la ausencia de revisión por más de cinco horas-entre otros elementos- en la fase expulsiva del parto, habiendo descendido la *nasciturus* a la vagina de la madre, *contrario sensu,* un monitoreo constante a la madre gestante y al *nasciturus* en términos de probabilidades, hubiera generado los procedimientos correctivos en el parto/cesárea que hubieran redundado en beneficios para la salud de la niña. En la misma línea considera la sala que existió la certeza de que de acuerdo al seguimiento de los controles prenatales hechos a la madre, la niña tenía una razonable, seria y real oportunidad de nacer en mejores condiciones de salud.

Cabe anotar que la Sala resalta el grado de vulnerabilidad de las mujeres en trabajo de parto y afirma el estándar de comportamiento de los médicos frente a la atención a la mujer gestante , de hecho connota la relación médico paciente en esta fase como una "relación de poder" y que esta debe ser humanizada, en ese orden de ideas afirma " el estado de indefensión en el que se encuentran por estar a merced de los profesionales de la salud que les ofrecen atención, en quienes deben depositar su confianza por ser los expertos, con la convicción de que sus prescripciones y recomendaciones redundará tanto en su bienestar como en el de su hijo" (SC456 de 2024)

4. **Conclusiones**

La aplicación de la pérdida de la oportunidad resulta muy útil en el campo de la responsabilidad médica y en la atribución de responsabilidad cuando no se tiene certeza de la causa específica del daño, situación que es muy frecuente en los casos de negligencia, en donde se tiene certeza de la negligencia, derivada muchas veces de la mala práctica o desatención de la *lex artis ad h*oc por parte de los profesionales de la salud, pero, aún así está la duda de cuál es la causa específica del resultado desfavorable para la víctima.

Como las posibilidades en el campo médico son múltiples y complejas de descifrar, la pérdida de la oportunidad surge como una herramienta jurídica que ofrece una solución justa y proporcional para la víctima del daño,

en el entendido de que la pérdida de la oportunidad, como daño autónomo, es una manifestación del principio de reparación integral del daño que, como se planteó a lo largo del trabajo, busca, en lo posible, dejar a la víctima en la situación en que se encontraba antes de la ocurrencia del hecho dañoso ocasionado por un tercero.

La pérdida de la oportunidad, como daño autónomo, pretende darle un valor significativo a las expectativas frustradas, más allá de mirar el resultado final desfavorable, puesto que este daño no busca indemnizar el resultado final, del cual no se tiene certeza, lo que se va a indemnizar el la posibilidad que se tenía de obtener un beneficio o evitar una pérdida la cual se vio frustrada .

La culpa médica se puede dar por las omisiones de la *lex artis ad hoc*, que, en este caso, se manifestó por la falta de vigilancia por parte del personal médico, lo cual le quitó a la víctima la posibilidad de tener un parto en condiciones normales y generó un daño tanto para la niña como para la mujer gestante.

En Colombia, la teoría de la pérdida de la oportunidad ha tenido una aplicación práctica en materia de responsabilidad civil y del Estado, gracias a los antecedentes doctrinales y jurisprudenciales extranjeros que permitieron que, en 1998, se hablará por primera vez de esta figura. Hasta 2024, su aplicación resulta relevante en muchos ámbitos del derecho, pero especialmente, en materia de responsabilidad médica, que viene a dar una solución a los problemas que se presentan en un mundo lleno de probabilidades.

5. Referencias

Consejo de Estado, Sentencia de 21 de marzo de 2012, Rad. 54001233100019972919 01, La Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional vs familia agente José Serafín Flórez Núncira).

Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC456 de 2024, , MP Martha Patricia Guzman Álvarez .

Corte Suprema de Justicia , Sentencia SC 072 de 2025, Corte Suprema de Justicia, MP Octavio Augusto Tejeiro Duque

Gómez, P. J. D. (2021). *La pérdida de oportunidad: su origen, su evolución y su necesaria reconceptualización*. Universidad Externado de Colombia.

Giraldo Gómez, L. F. (2018). *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil: su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica* (2.ª ed.). Universidad Externado de Colombia.

Plata Prince, L. C. (2019). *La pérdida de la oportunidad en el derecho de daños*. Grupo Editorial Ibáñez.