

EL DAÑO Y EL NEXO CAUSAL EN LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

DIEGO ALEJANDRO HERRERA MONTAÑEZ

UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
MAESTRÍA EN DERECHO PÚBLICO  
BOGOTÁ D.C.  
2016

EL DAÑO Y EL NEXO CAUSAL EN LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

DIEGO ALEJANDRO HERRERA MONTAÑEZ

TRABAJO DE FIN DE MASTER PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE  
MAGISTER EN DERECHO PÚBLICO

UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
MAESTRÍA EN DERECHO PÚBLICO  
BOGOTÁ D.C.  
2016

## AGRADECIMIENTOS

*A mis padres: quienes me enseñaron que un mejor mañana siempre es posible.*

*A Francisco ternera Barrios por su apoyo y pertinente orientación.*

*A la memoria de Eduardo Ospina Acosta: con quien por gracia del destino tuve el honor de conocer y discutir las ideas apenas incipientes del presente escrito, en el lugar más inesperado.*

*A Miguel Reyes.*

Nota de Aceptación

**LAUREADA**

---

Director:

Francisco Ternera Barrios.

---

**Presidente del Jurado**

Juan Manuel Restrepo

---

**Jurado**

Hugo Andres Arenas Mendoza

---

**Jurado**

Camilo Andres Rodriguez Yong

## CONTENIDO

RESUMEN.....	7
ABSTRACT.....	8
INTRODUCCIÓN.....	9
1   CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	13
1.1   FINALIDAD Y CONTENIDO DEL CAPÍTULO.....	13
1.2   PREFACIO.....	14
1.3   NOCIÓN DE FUENTE Y DETERMINACIÓN DE LAS FORMAS DE RESPONSABILIDAD.....	15
1.4   FUNCIÓN RESARCITORIA DE LA RESPONSABILIDAD.....	16
1.5   EL DAÑO COMO ELEMENTO ESTRUCTURADOR DE LA RESPONSABILIDAD.....	18
1.6   ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA CLASIFICACIÓN DEL DAÑO.....	23
1.7   EL NEXO DE CAUSALIDAD COMO ELEMENTO ESTRUCTURADOR DE LA RESPONSABILIDAD.....	33
1.8   LA IMPUTACIÓN COMO ELEMENTO ESTRUCTURADOR DE LA RESPONSABILIDAD.....	34
1.9   LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO.....	38
2   CAPÍTULO II: DE LA CAUSALIDAD Y SU RELACIÓN CON LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD.....	39
2.1   FINALIDAD DEL CAPÍTULO.....	40
2.2.   EN RELACIÓN CON LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD.....	40
2.3.   ASPECTOS GENERALES DEL NEXO DE CAUSALIDAD.....	41
2.4.   LA DISTINCIÓN ENTRE CAUSALIDAD Y CULPABILIDAD.....	43
2.5.   VICISITUDES DE LA CAUSALIDAD.....	45
2.6.   CONSTRUCCIONES TEÓRICAS EN TORNO A LA CAUSALIDAD.....	45
2.7.   TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES.....	46
2.7.1.   TEORÍA DE LA CAUSA PRÓXIMA.....	51
2.7.2.   TEORÍA DE LA CAUSALIDAD ADECUADA.....	52
2.7.3.   TEORÍA DE LA CAUSA EFICIENTE.....	55
2.7.4.   TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.....	57
2.8.   FUNCIONES DEL NEXO CAUSAL.....	64
2.9.   CAUSALIDAD FÍSICA Y CAUSALIDAD JURÍDICA.....	70
2.10.   LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD COMO TEORÍA DE CAUSALIDAD.....	76
2.11.   FINALIDAD DE LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD.....	82
3.   CAPÍTULO III: LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO.....	85

3.1.	FINALIDAD DEL CAPÍTULO.....	81
3.2.	ASPECTOS PRELIMINARES.....	86
3.3.	CONTEXTO .....	87
3.4.	CAUSALIDAD EN COLOMBIA.....	87
3.5.	JURISPRUDENCIA EN EL NEXO CAUSAL DIFUSO- ANALISIS DE CASOS CONCRETOS .....	90
3.6.	LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD NO ES UN DAÑO AUTÓNOMO SINO LA PROBABILIDAD CAUSAL DE QUE ÉSTE SE CAUSE .....	102
3.7.	LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD ES INCIERTA Y EL DAÑO CIERTO .....	107
3.8.	LA REPARACIÓN QUE SE DA EN MATERIA DE PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD RESPONDE AL CÁLCULO DE PROBABILIDADES ENTRE EL HECHO Y EL DAÑO PROBABLE, ESTUDIO QUE SE HACE EN SEDE CAUSAL .....	110
3.9.	SI EL NEXO CAUSAL ES DIFUSO, LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD MORIGERA LA INCERTUDUMBRE ENTRE EL HECHO DAÑOSO Y LOS PERJUICIOS EVENTUALMENTE RECLAMABLES POR EL PERJUDICADO.....	113
3.10.	LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD ES DIFERENTE AL DAÑO FUTURO.....	116
3.11.	LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD ALIGERA LA CARGA PROBATORIA DE LA VÍCTIMA FRENTE A LA REPARACIÓN DEL DAÑO.....	118
4.	CAPÍTULO IV: DEL RÉGIMEN PROBATORIO Y LA INDEMNIZACIÓN EN LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD.....	120
4.1.	FINALIDAD DE ESTE CAPÍTULO.....	120
4.2.	RÉGIMEN PROBATORIO.....	121
4.2.1.	QUÉ SE PRUEBA EN LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD.....	130
4.2.2.	PRUEBA DEL NEXO CAUSAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA, MEDIANTE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD.....	134
4.2.3.	CÓMO ACREDITAR EL NEXO CAUSAL EN LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD.....	136
4.3.	INDEMNIZACIÓN EN LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD.....	140
4.3.1.	QUÉ SE INDEMNIZA.....	142
4.3.2.	PARTICULARIDADES DE LA INDEMNIZACIÓN EN LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD.....	147
5.	CONCLUSIONES .....	155
6.	BIBLIOGRAFÍA .....	160

## RESUMEN.

El presente escrito se ocupa de estudiar el nexo de causalidad como elemento estructural de la responsabilidad cuando éste es difuso. Para ello, se pretende abordar la pérdida de la oportunidad como una teoría especial de causalidad que tiene lugar cuando el nexo causal no resulta claro, lo cual contradice la tesis preponderante de la doctrina y la jurisprudencia tradicional según la cual, la pérdida de la oportunidad es un criterio autónomo del daño.

En su contenido se realiza una explicación del por qué se entiende la pérdida de la oportunidad como una teoría especial de causalidad y no como un criterio autónomo de daño, haciendo énfasis en el elemento de certeza que caracteriza al daño. Posteriormente, se advierte del tratamiento que la jurisprudencia le ha dado a la pérdida de la oportunidad.

A su turno, el presente documento, indica la naturaleza jurídica de la pérdida de la oportunidad, afirmando que es una inferencia lógica que realiza el juez y no un hecho que altere el estado de las cosas como si sucede con el daño. Finalmente, se aborda la prueba de la teoría de la pérdida de la oportunidad mediante un cálculo de probabilidades y se identifican los pasos para realizar una adecuada reparación integral.

## ABSTRACT

This document focuses on studying the causal link as a structural element of responsibility when the link is diffuse. For that reason, it pretends to see the loss of the opportunity as a special theory of causality that has place when the causal link is not clear, so, this contradicts the main thesis proposed by the doctrine and traditional jurisprudence that affirms that the loss of the opportunity is an autonomous criterion of damage.

This text does an explanation of why the loss of the opportunity is understand as a special theory of causality and not as an autonomous criterion of damage, making emphasis on the element of certainty that characterizes the damage. Besides this, it notes the treatment that jurisprudence has given to the loss of opportunity.

Also, this document indicates the legal nature of the loss of the opportunity, affirming that it is a logical inference that does the judge and that it is not a fact that changes the state of things as happens with the damage. Finally, it takes into account the evidence of the theory of the loss of the opportunity trough a calculation of probabilities and also this text identifies the steps to make an adequate integral repair.

## INTRODUCCIÓN

En principio para que una persona sea declarada responsable, debe concurrir el hecho dañoso o conducta del agente, el daño, el nexo de causalidad y un factor de atribución de la responsabilidad. Para efectos del presente escrito, no se tendrá en cuenta el factor de atribución de la responsabilidad. Así las cosas, cuando un daño es imputable a la conducta ejercida por el agente, hablamos de la existencia de un nexo de causalidad, el cual es una valoración que realiza el juez, es una inferencia lógica que se produce en la mente del fallador.

En este sentido, para determinar el alcance de la obligación de reparar el daño causado, es menester que exista nexo de causalidad. Sin embargo, al momento de establecer el contenido de la obligación de reparar, es de especial importancia preguntarse ¿qué ocurre cuando la relación de causalidad que surge entre la conducta del agente y el daño no es directa, sino que es difusa?

En este orden de ideas, llama la atención en el estudio del tema, la pérdida de oportunidad como teoría especial de causalidad, cuyo tratamiento no es pacífico en la doctrina ni en la evolución de la jurisprudencia nacional y foránea, entendiéndose como una categoría autónoma de daño.

En este sentido, es menester tener presente que, tanto en la jurisprudencia como doctrina patria en su gran mayoría, se ubica la pérdida de la oportunidad como un “head of damage” o tipología de daño autónomo de categoría mixta, bajo el entendido que dependiendo de las circunstancias de cada caso en concreto, la pérdida de la oportunidad puede derivar consecuencias en la órbita patrimonial o extrapatrimonial. Asimismo, esta concepción es compartida con otras jurisdicciones de arraigo continental como la francesa<sup>1</sup>, la belga,

---

<sup>1</sup> Al respecto ver: STEINER, Eva. *French Law: A Comparative Approach*, Oxford University Press, Oxford, 2010, Págs. 354 y ss.

luxemburgesa, italiana, austriaca<sup>2</sup>, chilena<sup>3</sup>.

El fenómeno de la *pérdida de la oportunidad*, no ha sido pacífico por parte de las jurisdicciones en las cuales se acepta su aplicación<sup>4</sup>, ya sea como un problema causal o como una tipología de daño, debido a que resulta ser un fenómeno transversal dentro de los diferentes sistemas legales alrededor del mundo, por lo cual su estudio cada vez resulta más relevante para el derecho de daños.

No obstante lo anterior, dentro de la doctrina patria sobre la responsabilidad civil y estatal, el profesor Arenas Mendoza ha tratado el tema de la pérdida de la oportunidad llegando a la conclusión de que este fenómeno jurídico debe enmarcarse dentro del nexo causal y no como una categoría autónoma del daño<sup>5</sup>. Esta tesis también es defendida por el doctrinante español Luis Medina Alcoz, enmarcando el *loss of chance* dentro de la causalidad probabilística y no como una cabeza de daño<sup>6</sup>.

De esta manera, para efectos de la presente obra, la pérdida de oportunidad debe ser ubicada en sede del nexo causal y no en el daño, ya que ubicarla en el nexo causal permite su mejor comprensión en la medida en que no constituye un daño en sí mismo, sino la probabilidad de su causación. En otras palabras, la teoría de la pérdida de la oportunidad constituye una herramienta para establecer el nexo de causalidad cuando éste en principio es difuso y en

---

<sup>2</sup> Al respecto ver: VON BAR, Christian y DROBNIG, Ulrich. *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe: A Comparative Study*, European Law Publishers, Munich, 2004, Págs. 84-88.

<sup>3</sup> Al respecto ver: TAPIA, Mauricio. "Pérdida de una oportunidad: ¿Un perjuicio indemnizable en Chile?" en *Revista de Responsabilidad Civil y del Estado (IARCE)*, Número 34, Semestre I, 2014, Págs. 61-91.

<sup>4</sup> Debe tenerse en cuenta que existen jurisdicciones en las cuales la pérdida de oportunidad ha sido aceptada como figura legal. Véase al respecto el fallo de la Corte Suprema Sueca del 28 de noviembre de 1964. Incluso dentro de ordenamientos jurídicos que han tratado de una manera amplia el tema como la jurisdicción de EEUU, su aplicación generalmente es restrictiva al ámbito de la *mala praxis* del galeno.

<sup>5</sup> ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. *El régimen de responsabilidad subjetiva*, Legis, Bogotá, 2014, Págs. 345-350.

<sup>6</sup> MEDINA ALCOZ, Luis. *La teoría de la pérdida de oportunidad*. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado, Thomson-Civitas, Madrid, 2007.

aras de evitar caer en los extremos de la infra y la supra indemnización, los cuales se dan cuando no se realiza una adecuada valoración del nexo de causalidad.

Generalmente, al entender la institución jurídica de la pérdida de la oportunidad como un daño en sí misma, el quantum indemnizatorio se realiza en proporción a las posibilidades que tenía la víctima de obtener una ventaja patrimonial o de evitar una pérdida. Sin embargo, al ser así las cosas, implica que deja de lado la acreditación del nexo de causalidad como elemento estructural de la responsabilidad, lo que sin lugar a dudas pone de presente los dislates que se pueden llegar a generar en el ordenamiento jurídico en materia de justicia correctiva.

Por consiguiente, la teoría especial de causalidad denominada la pérdida de la oportunidad en aras de cumplir con la reparación integral como pilar de la responsabilidad, propone que la atribución del contenido jurídico del daño le sea imputable al agente de conformidad con la intensidad del nexo de causalidad. Para establecer ese nexo causal que en principio es difuso, se realiza un cálculo de probabilidades el cual indicara en qué porcentaje la conducta del agente fue determinante para el cercenamiento de la oportunidad que tenía el agente en el instante previo a la ocurrencia del hecho dañoso.

Como ya lo hemos recalcado el presente estudio defiende la tesis consistente en que la pérdida de la oportunidad es un fenómeno causal y no un daño autónomo como hoy en día lo concibe la jurisprudencia patria, en especial la desarrollada del Consejo de Estado. Para efectos de plantear la tesis contraria a la que actualmente la más alta corporación judicial en temas de responsabilidad contencioso administrativa, el presente trabajo tendrá la siguiente estructura/capítulos a tener en cuenta; (i) en un primer momento se hará una breve referencia a los aspectos generales de la responsabilidad civil, haciendo hincapié en los elementos esenciales de *daño* y nexo causal, para efectos de comprender la problemática de ubicar la pérdida de la oportunidad

en uno u otro elemento de la responsabilidad; (ii) en un segundo momento se explorará la causalidad y su relación con la pérdida de la oportunidad, para entender la naturaleza ontológica de la denominada “pérdida del chance”; (iii) luego se procederá a analizar la pérdida de oportunidad a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado, para entender su concepción actual como un tipo de daño autónomo; (iv) seguidamente se analizará el régimen probatorio y la indemnización en la teoría del pérdida de la oportunidad; (v) para finalmente proceder a realizar una serie de conclusiones generales y específicas sobre el texto desarrollado y plantear una serie de cuestiones adicionales que podrían ser desarrolladas en estudios ulteriores.

# CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

*La reparación de daños, fruto de la responsabilidad jurídica en ámbito civil, comporta una forma de sanción. Como orden coactivo, el derecho organiza un sistema de sanciones, esto es la atribución de una consecuencia a la infracción de los deberes jurídicos; tal consecuencia significa un disvalor para quien es pasible de ella. En el plano de la responsabilidad por reparación de daños la sanción estriba en una mengua patrimonial que –a favor del damnificado– se impone al responsable, y tiene causa en el daño inferido al derecho subjetivo ajeno*

Atilio Alterini<sup>7</sup>.

## 1.1 FINALIDAD Y CONTENIDO DEL CAPÍTULO

Para una cabal comprensión de la teoría de la pérdida de la oportunidad y para efectos de lograr enmarcar correctamente a la misma como una cuestión causal y no como una problemática de tipología de daños, se hace necesario hacer un breve recuento acerca de los aspectos generales de la responsabilidad civil, al igual que de sus elementos esenciales más importantes.

En vista de lo anterior, en este capítulo se abarcarán las siguientes temáticas; (i) la fuente de la responsabilidad, cuyo origen lo sigue clasificando parte de la doctrina en las categorías tradicionales de responsabilidad contractual y extracontractual, con todo y el fenómeno de la contractualización del derecho de daños, mientras que teorías más contemporáneas aducen que la fuente de la responsabilidad es el daño (teoría que compartimos); (ii) se expondrá la importancia de la función resarcitoria de la responsabilidad, lo cual cobra una

---

<sup>7</sup> ALTERINI, Atilio A. *Responsabilidad civil. Límites a la reparación*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974, Págs. 15-16.

relevancia especial en ordenamientos jurídicos como el colombiano de arraigue continental; (iii) se realizará un análisis de los elementos esenciales de la responsabilidad, clasificados doctrinalmente en las categorías de daño (al igual que reflexiones en torno a la clasificación del mismo), nexo causal e imputación. Por último, se hará una breve reflexión de la forma de como los elementos clásicos de la responsabilidad son tratados por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

## 1.2 PREFACIO

Cotidianamente la responsabilidad evoca la idea de un daño y la necesidad de su reparación. Quien ostenta la obligación de reparar el daño infringido es quien resulta responsable de su atribución en favor de quien ha experimentado el daño, en calidad de víctima o perjudicado, según el caso.

Desde una perspectiva jurídica, la responsabilidad implica tres ideas fundamentales. La primera, el daño como la alteración negativa de una situación preexistente del destinatario directo de aquella, la víctima. La segunda, la necesidad de restablecer ese equilibrio que se ha roto como consecuencia de la modificación de la situación jurídica del destinatario del daño. Y finalmente, la necesidad de establecer quién debe responder por el daño ocasionado y quién debe con cargo a su patrimonio reestablecer ese equilibrio que se rompió como consecuencia de la causación del daño.

La responsabilidad jurídica se configura cuando un sujeto de derechos se encuentra en la obligación, o, ante el deber de responder “de *observar, respecto de otro sujeto de derecho, una actitud determinada en razón que su conducta le ha acusado perjuicios violando normas que debía observar*”<sup>8</sup>. Dicha responsabilidad ofrece variadas tipologías que conducen a determinar, de entrada, las fuentes de las cuales emana la responsabilidad como entidad jurídica.

---

<sup>8</sup> PEIRANO FACIO, Jorge. *Responsabilidad Extracontractual*, 2ª Edición, Bogotá D.C.: Editorial Temis, 2004, pág. 24.

### 1.3 NOCIÓN DE FUENTE Y DETERMINACIÓN DE LAS FORMAS DE RESPONSABILIDAD

De acuerdo con la doctrina, *“inquirir la fuente de una disposición jurídica es buscar el sitio en que ha salido de las profundidades de la vida social a la superficie del derecho”*<sup>9</sup>, la comunidad jurídica tradicional ha considerado que la responsabilidad encuentra asidero en dos fuentes primordiales. La primera de ellas, el contrato y la segunda en los hechos ilícitos civilmente generadores de daño. De antaño, el derecho romano había considerado dos fuentes adicionales bajo los conceptos de cuasicontrato y cuasidelito, sin perjuicio de otras tendencias que erigen un sistema de clasificación distinto, entre ellos, Planiol<sup>10</sup>, Demogue<sup>11</sup>, Ospina Fernández<sup>12</sup>.

La legislación colombiana, bajo la redacción del Artículo 1494 del Código Civil se ha orientado a sostener que:

*“Las obligaciones nacen ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos;*

---

<sup>9</sup> NEUCHATEL, *introducción à la Théorie Générale et à la philosophie du Droit*, Paris, 1937, pág. 34

<sup>10</sup> Para el autor mencionado, “en realidad, solo existen dos fuentes de obligaciones, el acuerdo de voluntades entre el acreedor y el deudor y la voluntad omnipotente de la ley que impone una obligación a una persona a su pesar y en interés de otra”, siendo, entonces, que las fuentes de las obligaciones, como marco de la responsabilidad, son el Contrato y la Ley. Puede consultarse al respecto, PLANIOL, Marcel. *Revue Critique, Traité Élémentaire*, Tomo II, Paris, pág. 280 y ss.

<sup>11</sup> Para el citado autor toda obligación encuentra su fuente en la ley, sin dejar de lado que en su conformación intervienen otros aspectos, así verbigracia, cuando la responsabilidad emana de una conducta delictiva, se supone su previsión, la existencia de un derecho persistente, el daño inferido y la norma que ordenen su reparación, teniendo en cuenta que la autonomía privada es condición esencial para la derivación de consecuencias jurídicas. Es así como, a partir de esta formulación, cimentó como fuentes al contrato, la voluntad unilateral del deudor, el delito y el cuasidelito, el cuasicontrato y, finalmente, el hecho generador de la obligación. Puede consultarse DEMOGUE, René. *Traité des Obligations en général*, Tomo I, Paris : Rosseau, 1923, N° 17.

<sup>12</sup> Para el profesor Ospina Fernández, son fuentes, el contrato, el acto jurídico unipersonal, el hecho ilícito, el enriquecimiento sin causa. Véase en OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*, 7ª Edición, Bogotá D.C: Temis, 2001, pág. 39-47

*ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”.*<sup>13</sup>

De allí que la responsabilidad se clasifica en dos órdenes: *responsabilidad contractual* y *responsabilidad extracontractual*. La contemporaneidad ha llevado a un importante sector de la doctrina a concluir que la fuente única de la responsabilidad es el *daño, en oposición a la dualidad tradicionalmente expuesta*<sup>14</sup>.

Así las cosas, la ratio de la responsabilidad emana del daño, como se advierte de la lectura del artículo 2343 del Código Civil, que establece una relación causa – efecto entre el concepto de daño y de responsabilidad. De manera que se afirma que quien comete un daño está obligado a repararlo.

#### 1.4 FUNCIÓN RESARCITORIA DE LA RESPONSABILIDAD.

La importancia del estudio de las funciones de la responsabilidad sea civil o estatal, radica en que los fines de la responsabilidad tienen una fuerza normativa que se traduce en la necesidad de que el perjudicado sea reparado integralmente lo que guarda estrecha relación con el *quantum* indemnizatorio, así pues, hablamos de la función reparadora o resarcitoria de la responsabilidad.

Para efectos del presente escrito, nos enfocaremos en la función reparadora o resarcitoria de la responsabilidad ya que es la representante por excelencia del contenido económico de la obligación consistente en indemnizar al perjudicado con el daño, o sujeto pasivo en la declaración de responsabilidad.

---

<sup>13</sup> Código Civil, Artículo 1494

<sup>14</sup> Entre ellos VINEY, Geneviéne. *Traité de Droit Civil. Introduction a la Responsabilité*, Paris: Librairie de droit et de jurisprudence, 1988, Pag. 40 y ss. En derecho colombiano puede consultarse de SARMIENTO GARCIA, Manuel Guillermo. *Estudios de Responsabilidad Civil*, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2002.

La función resarcitoria es entendida como aquella que tiene como fin la indemnización integral del perjudicado con el hecho dañoso. Ahora bien, por indemnización integral se entiende la reparación de todos los perjuicios que el sujeto activo haya causado sean patrimoniales o extra patrimoniales. Al respecto, en nuestro ordenamiento jurídico tal principio se encuentra de manera expresa en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998:

*“Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”<sup>15</sup>.*

Lo anterior, pone de presente que la cuantificación del daño tiene una importancia capital, pues permite que el sujeto activo pueda efectivamente ser reparado o resarcido frente al daño que experimentó sea en su patrimonio o en su personalidad.

Así las cosas, la cuantificación del daño se erige como el efectivo impacto que experimentó el sujeto activo con ocasión del hecho jurídico calificado como dañoso. En tal sentido y en línea de principio la correcta valoración del daño, significa que los anhelos de justicia que persigue eventualmente el justiciable sean satisfechos, por eso mismo una inadecuada valoración de los perjuicios pone en entredicho la reparación misma de los perjuicios.

En suma, lo que se pretende con la reparación del daño, sea in natura o por su equivalente pecuniario, es que el sujeto pasivo recupere el equilibrio económico o moral quebrantado con ocasión del hecho dañoso. Por esta razón, la reparación de los perjuicios sufridos no puede constituirse en fuente de enriquecimiento, *“el principio que gobierna la reparación se expresa por una máxima que nosotros hemos forjado todo el daño pero nada más que el daño”<sup>16</sup>.*

---

<sup>15</sup> Artículo 16 de la ley 446 de 1998.

<sup>16</sup> LE TOURNEAU, Philippe., *La responsabilidad Civil*. Ed Legis, Bogotá 2010, P. 68

Lo anterior, hace referencia a que el contenido jurídico de la obligación de reparar no puede constituir bajo ninguna circunstancia una justificación para que la víctima termine enriqueciéndose a expensas del agente. Se indemniza el daño y nada más que el daño, de modo que el quantum indemnizatorio debe ser establecido de manera adecuada toda vez que se configuraría un dislate en el ordenamiento jurídico en términos de justicia correctiva.

## 1.5 EL DAÑO COMO ELEMENTO ESTRUCTURADOR DE LA RESPONSABILIDAD

Podría decirse que, además de ser el primer elemento a revisar en el estudio de la responsabilidad, el daño se ha definido como una variación, un hecho modificador de una realidad preexistente que afecta a un sujeto de derecho tanto en su persona como en su patrimonio, como en sus sentimientos, abarcando las distintas esferas que integran el ser y que pueden verse afectadas por su acaecimiento, dando origen al deber reparador. En síntesis, ha expresado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que:

*“Por todo ello cabe afirmar que dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquiera acción indemnizatoria”<sup>17</sup>.*

Igualmente, el profesor Juan Carlos Henao afirma que *“El daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil.*

---

<sup>17</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia de abril 4 de 1968, M.P. Fernando Hinestrosa.

*Estudiarlo en primer término es dar prevalencia a lo esencial en la figura de la responsabilidad”<sup>18</sup>.*

La doctrina calificada ha descrito el daño en diversas construcciones conceptuales que se considera pertinente denotar. El profesor Javier Tamayo Jaramillo, por ejemplo, define el daño como “*el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente de la víctima*”<sup>19</sup>.

Para Adriano de Cupis “daño no significa más que nocimiento o perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable”<sup>20</sup>.

En resumidas cuentas, dependiendo de dónde se le mire, el daño es una lesión siempre al patrimonio (manejando en esta óptica la distinción entre daño material e inmaterial, ambos concebidos como daños al patrimonio) o una lesión ora al patrimonio o a otros atributos de la personalidad (distinguiéndose en este caso entre daños patrimoniales y extra patrimoniales).

Los requisitos de existencia del daño son básicamente los siguientes: Directo, personal, cierto y no haber sido reparado, que pasan a explicarse.

- a) *El daño debe ser Directo*: Se refiere a la relación entablada entre el daño y su atribución jurídica o imputación. En consecuencia, la premisa que da cuenta de este requisito sostiene que el daño debe ser consecuencia directa de la acción u omisión del agente al cual pretende imputarse.

---

<sup>18</sup> HENAO, Juan Carlos. *El daño, Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 1998, pág. 37.

<sup>19</sup> TAMAYO JARAMILLO Javier. *De la responsabilidad civil*, Tomo IV, Bogotá D.C.: Temis, 1999, pág. 5

<sup>20</sup> DE CUPIS, Adriano. *El daño, Teoría general de la responsabilidad civil*, Barcelona: Editorial Bosch, 1970, pág. 81

- b) *El daño debe ser Personal*: Éste debe ser sufrido por el sujeto de derechos que reclama su reparación, de modo que, éste requisito define para efectos procesales la legitimación en la causa por activa a fin de exigir la indemnización respectiva. En términos de la doctrina dice al respecto Javier Tamayo Jaramillo: “(...) solo la víctima del daño, o sus herederos, tiene derecho a demandar la reparación”<sup>21</sup>.

Sin embargo, conviene precisar que el elemento personal del daño no quiere decir que de manera privativa la persona que experimenta el daño pueda exigir la indemnización, puesto que los herederos tienen la atribución jurídica para reclamar su indemnización en caso que aquél haya fallecido. La responsabilidad comporta un derecho de crédito consistente en el derecho a la reparación. Una importante evolución sobre este requisito ha sido evidenciada en la jurisprudencia de la Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, que es conveniente considerar.

La Corte Suprema de Justicia ha referido al carácter personal del daño, a propósito de los perjuicios ocasionados a personas distintas de la víctima por la muerte de ésta:

*“Las personas que ya por vivir directamente del esfuerzo del muerto, ya por derivar utilidad cierta y directa de las actividades del fallecido, tienen derecho, la personería, la acción, para reclamar o pedir la indemnización de perjuicios, porque ellas directamente han sido perjudicadas”<sup>22</sup>*

No obstante, no se ha investido en tesis absoluta, por cuanto la regla aducida a partir de la lectura del Artículo 2341 del Código Civil, según la cual tiene

---

<sup>21</sup> TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Op. Cit.*, pág. 87

<sup>22</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia de Casación de 24 de junio de 1942, G.J. T. LIII, No. 1938, p.656

derecho a indemnización permitió dimensionar en el alto tribunal que “todo aquel a quien el delito o la culpa haya inferido daño”<sup>23</sup>.

En el año 1964 la Corte amplió el ámbito de protección a partir del concepto de interés jurídicamente protegido, al de beneficio lícito o interés legítimo:

*“La protección de la ley no ha de circunscribirse, sin faltar a la equidad, a los casos de lesión de derechos que las instituciones aseguran con acciones judiciales (jurídicamente protegidos), sino que debe comprender también aquellos en que hay menoscabo de un interés legítimo, como es el del padre que recibe del hijo una pensión periódica para el mejoramiento de sus condiciones de vida, aunque no constituya una carga obligatoria; se trata de un caso en que el daño, si bien ajeno a la existencia de un vínculo de obligación alimentaria civil, afecta sin embargo los medios de vida de quien lo sufre, en forma que poco difiere de cómo afectaría a los del acreedor alimentario”<sup>24</sup>.*

Bajo otra óptica, pero en el mismo sentido, se refiere el profesor Juan Carlos Henao, al decir que *“el daño es personal cuando quien demanda la reparación es la persona que lo sufrió, con independencia de que se encuentre o no de manera abstracta en una situación jurídicamente protegida, que se presume, salvo prueba de que el título que sustenta el derecho para obtener indemnización del daño es ilegal”<sup>25</sup>.*

c) El daño debe ser Cierto: El daño cierto es aquel que, siendo actual o futuro, se opone al eventual o hipotético<sup>26</sup>. El profesor Peirano Facio ilustra esta característica y requisito de la siguiente manera:

---

<sup>23</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales, Sentencia de 15 de Julio de 1949.

<sup>24</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, 30 de octubre de 1964, citado por TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Op. Cit.*, pág. 107

<sup>25</sup> HENAO, Juan Carlos. *Op. Cit.*, pág. 104.

<sup>26</sup> Igualmente lo sostiene Juan Carlos Henao, citando a su vez a Chapus: “las jurisdicciones han planteado el principio según el cual el perjuicio cierto (...) es el perjuicio actual o el futuro, a diferencia del eventual”. *Op. Cit.*, pág. 129.

*“Próximo al daño futuro, pero discernible de él en la mayoría de los casos, se encuentra el daño eventual. La diferencia fundamental entre estos dos tipos de daño se caracteriza suficientemente cuando se recuerda que el daño futuro no es sino una variedad del daño cierto, en tanto que el concepto de daño eventual se opone, precisamente y en forma radical, al concepto de certeza: daño eventual equivale, entonces, al daño que no es cierto; o sea, el daño meramente fundado en suposiciones o conjeturas”<sup>27</sup>.*

Conviene resaltar que el daño puede ser consolidado o no serlo. El primero corresponde a aquel efectivamente realizado, mientras que el segundo no se ha concretado al momento de la sentencia que reconoce la indemnización, pero se proyecta con certeza en el futuro, como acontecen lesiones corporales que precisan de por vida el consumo de medicamentos para mitigar los dolores.

En resumidas cuentas, la doctrina calificada ha denotado que:

*“Para que el perjuicio se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio, bien sea demostrando que efectivamente ya se produjo, bien sea probando que, como lo enuncia una forma bastante utilizada en derecho colombiano, el perjuicio ‘aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual’. Pero debemos subrayar que no debe confundirse perjuicio futuro con perjuicio eventual e hipotético, puesto que aquél es indemnizable, siempre y cuando se demuestre oportunamente que se realizará”<sup>28</sup>.*

d) *El daño no debe haber sido reparado*: Se trata de una condición habilitante para reclamar la indemnización correspondiente.<sup>29</sup>, puesto que si ya se

---

<sup>27</sup> PEIRANO FACIO, Jorge, *Op. Cit.*, pág. 368

<sup>28</sup> HENAO, Juan Carlos. *Op. Cit.*, pág. 131.

<sup>29</sup> Doctrinantes como Martínez Rave lo denominan “subsistencia del daño”, aludiendo a un daño “pendiente de indemnización, de pago, en el momento del fallo y no como existencia física o material. La pérdida de un brazo, como daño, puede existir en el momento de proferirse

recibió una indemnización, la demanda interpuesta no puede estar llamada a prosperar en la medida que doble indemnización equivale a un enriquecimiento sin causa.

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia, que:

*“Dentro de los principios universales o reglas generales de derecho figura el de que nadie puede enriquecerse a expensas de otro sin causa que lo justifique, principio este con antecedentes muy remotos, que la doctrina denomina "enriquecimiento sin causa", señalándole a la acción in rem verso, proveniente del mismo, como elementos constitutivos, los siguientes: a) Que exista un enriquecimiento; b) Que haya un empobrecimiento correlativo; c) Que el desplazamiento patrimonial carezca de causa que los justifique; d) Que el agraviado con el empobrecimiento no tenga otra acción a la cual pueda legalmente acudir.*

*En efecto, la jurisprudencia de la Corte ha sostenido, de manera reiterada y uniforme, que "la acción proveniente del enriquecimiento injusto no puede tener cabida sino en subsidio de toda otra y siempre que a lo menos concurren tres requisitos: que el demandado se haya enriquecido, que el demandante se haya empobrecido correlativamente y que este desplazamiento patrimonial carezca de causa que los justifique desde el punto de vista legal"<sup>30</sup>.*

## 1.6 ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA CLASIFICACIÓN DEL DAÑO

Tradicionalmente tanto la doctrina como la jurisprudencia se han ocupado de la clasificación del daño. Tal clasificación no ha sido caprichosa, sino que ha obedecido a sus órdenes, exigencias probatorias y la forma de indemnización.

---

el fallo pero si ya fue indemnizado, pagado, entendemos que no está subsistente para los efectos indemnizatorios”, MARTINEZ RAVÉ, Gilberto. *Op. Cit.*, pág. 261.

<sup>30</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia del dieciséis (16) de junio de dos mil seis (2006), Expediente 13373-01, MP: Cesar Julio Valencia Copete,

En materia civil se manejan dos grandes grupos de daños: los materiales e inmateriales o patrimoniales y extra patrimoniales (términos de mayor uso por la jurisprudencia y la doctrina iusprivatista). Conceptualmente, los daños se consideran *patrimoniales* cuando el evento dañoso golpea directamente el patrimonio, mientras que en el orden extra patrimonial impacta los derechos de la personalidad distintos de aquellos con medición económica que hacen parte del patrimonio.

Con todo y hecha la salvedad indicada, la doctrina ha señalado que:

*“Es imposible concebir un daño que afecte un bien que se encuentre fuera del patrimonio, es decir, que sea ‘extrapatrimonial’. Si patrimonio es el conjunto de bienes y obligaciones de una persona, y si bien es, al decir de los mismos autores, ‘todo derecho subjetivo patrimonial’, los daños sólo pueden afectar el patrimonio. Lo que ocurre es que los mal llamados ‘daños extrapatrimoniales’, como ya se ha visto, no tienen una naturaleza económica porque no tienen un valor de cambio medible en dinero, lo cual no implica que suponga la lesión de derechos que se encuentren por fuera del patrimonio. Se han confundido históricamente dos ideas: el daño como aminoración del patrimonio, y la forma de indemnización del daño, con lo cual se ha llegado a la clasificación que, en su enunciación mas no en su contenido, se critica”<sup>31</sup>.*

Continuando con la premisa de su clasificación inicial, los daños patrimoniales se dividen en lucro cesante y daño emergente de conformidad con la concepción clásica e incorporada en nuestro código civil por el Artículo 1614. Por virtud de su texto, el daño emergente corresponde al perjuicio derivado del incumplimiento de la obligación contraída, o ya por haberse cumplido de la manera pactada, o de haberse retrasado en su ejecución. El lucro cesante

---

<sup>31</sup> HENAO, Juan Carlos. *Op. Cit.*, pág. 192

corresponde a la ventaja patrimonial que dejó de percibirse como consecuencia de la ocurrencia del hecho daños.

A su turno, de los perjuicios inmateriales, que no cuentan con consagración expresa en el Código Civil- han sido configurados y desarrollados jurisprudencialmente.

Esta categoría del perjuicio inmaterial se divide en perjuicios morales – (subjetivos y objetivables) fisiológicos. El perjuicio material es el perjuicio patrimonial; el perjuicio moral es el perjuicio extrapatrimonial, el “*no económico*”.<sup>32</sup> Lo anterior no implica que no se pueda tasar económicamente.

A nivel jurisprudencial, es preciso señalar que el primer registro que en tal sentido se halla es de la sentencia del 21 de julio de 1922, en la cual se admitió que el demandante había sufrido daños morales porque al trasladar los restos de su difunta esposa y depositarlos en una fosa común, las autoridades habían actuado negligentemente, causándole pena y congoja, que, in fine, constituyen un daño moral. En aquel entonces, en efecto, la Corte afirmó que “*tanto se puede dañar a un individuo menoscabando su hacienda, como infiriéndole ofensa en su honra o en su dignidad personal o causándole dolor y molestia por obra de malicia o negligencia del agente*”. A renglón seguido, puntualizó la misma corporación que:

*“Y si bien en muchos casos es difícil determinar el quantum de la reparación, esa circunstancia no puede ser óbice para fijarlo aunque sea aproximadamente, ya que de otro modo habría que concluir que derechos de alta importancia quedan desamparados por las leyes civiles”.*<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> MAZEAUD-TUNC. *Tratado de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Tomo I, Volumen I, Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1961. P. 424.

<sup>33</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia de veintiuno (21) de julio de 1922, M.P. Tancredo Nanetti.

Dicha providencia marcó los lineamientos principales y básicos que hasta el presente se han sostenido a nivel jurisprudencial, esto es:

- 1) *La naturaleza del daño moral comprende la lesión a bienes de la personalidad o la integridad física o psíquica.*
- 2) *Sí es posible solicitar la indemnización por perjuicios morales, adicionales o concomitantes a aquellos patrimoniales.*
- 3) *Los daños morales deben ser probados por la parte que solicita la subsecuente reparación.*
- 4) *Con el fin de determinar la cuantía de los daños morales, resulta imperioso acudir al arbitrium iudicis en procura de excluir la arbitrariedad<sup>34</sup>*

Cabe señalar, también, que con frecuencia corren paralelos los daños morales y los materiales. Suele suceder que un mismo hecho dañino, lleve consigo una pérdida pecuniaria y un daño moral, *verbigratia*, cuando una herida disminuye la capacidad para el trabajo de la víctima y le hace padecer al mismo tiempo diversos sufrimientos.

Y a la inversa, puede acaecer que el perjuicio que afecta a los derechos extrapatrimoniales tiene compartida una pérdida pecuniaria, como acontece, como bien señala Mazeaud, en los atentados contra el honor de un comerciante cuando resultan del hecho de poner en duda su probidad o idoneidad, porque son también susceptibles de arruinar su negocio.

De igual manera, la Corte Suprema de Justicia, ha establecido una distinción útil, al afirmar que:

*Distingue la jurisprudencia entre los perjuicios morales subjetivos y los objetivos, caracterizándose los primeros por el agravio que implican a los sentimientos o a la personalidad moral de la víctima, sin consideración a factor alguno de orden patrimonial o económico;*

---

<sup>34</sup> NAVIA ARROYO, Felipe. *Del daño moral al daño fisiológico ¿Una evolución real?*, Ensayos de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C., 2000. P. 28.

*y los segundos, son aquellos que procediendo de causas morales tienen sin embargo, repercusión en la esfera económica o patrimonial de la persona que los ha sugerido. Ambos, desde luego, dan derecho a su reparación, pero en el fondo son modalidades distintas que responden a diferentes conceptos jurídicos y específicamente se diferencian hasta en la forma como deben ser regulados.*<sup>35</sup>

En el ámbito de la responsabilidad delictual y cuasidelictual, el artículo 2341 del Código Civil señala que *“El que ha cometido un delito con dolo o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización (...)”*<sup>36</sup>. Dicho precepto, huelga señalar, está concebido en términos muy generales, puesto que “un daño” puede ser tanto moral como material. Y donde la ley no distingue, no es dable al intérprete distinguir. Pero, en ese mismo orden de ideas, resulta claro que el daño moral, al menos en la legislación civil, no se encuentra definido.

Y la jurisprudencia, en lo que atañe a la definición de dicho concepto, también vacila. En efecto, en algunas ocasiones se ha entendido el daño moral como un *deterioro en patrimonio moral por el daño ocasionado en los derechos como el de la personalidad, derecho a la vida, cuerpo o salud de sí mismo o de un familiar*<sup>37</sup>. Y en otra, se ha dicho que es el que padece la víctima como consecuencia de *“un dolor psíquico o físico”*<sup>38</sup>. Y hay perjuicio moral cuando *“se vulneran intereses legítimos o bienes no económicos de los que integran el patrimonio moral de una persona, en su parte social y en su parte afectiva, en su honor, por ejemplo, o en el sentimiento”*.<sup>39</sup>

---

<sup>35</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia de veinticuatro (24) de julio de 1959, M.P. Ignacio Escallón.

<sup>36</sup> Artículo 2341 del Código Civil de Colombia.

<sup>37</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia de nueve (9) de septiembre de 1991, G.J.T. CCXII, No. 2451, págs. 78-88.

<sup>38</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia de diecisiete (17) de agosto de 2001. M.P. Jorge Santos Ballesteros.

<sup>39</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia de veinte (20) de junio de 1941, G.J.T. LI, Nos. 1971-1972.

Zannoni a su vez enseña que define al daño moral como “*el menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales provocado por el evento dañoso, es decir, por el hecho o acto antijurídico*”.<sup>40</sup>

La Corte Suprema de Justicia, en dicente jurisprudencia, ha afirmado que:

*“Todo daño es resarcible, aún el no patrimonial, en la medida en que sea resultado de un ataque antijurídico a un interés que ante el Derecho deba juzgarse digno de protección. El daño moral cuyo resarcimiento se pretende debe ser “personal” en tanto por definición hiere derechos de la personalidad (...). Este tipo de agravios son económicamente insalvables, significándose que la reparación no puede ser exacta y frente a esta deficiencia debe buscarse con ayuda del buen sentido, con apoyo en hechos probados que den cuenta de las circunstancias personales de los damnificados reclamantes, una satisfacción relativa para estos últimos.”*<sup>41</sup>

Una de las categorías dominadas en la jurisprudencia y que llama la atención por considerarse una tipología concreta dentro de los daños no patrimoniales se edifica en el llamado *daño biológico*. Su primera formulación aplicada a la valoración del daño a la persona, jurisprudencialmente fue esbozada –al menos inicialmente- por el Tribunal de Génova en sentencia del 25 de mayo de 1974. No se trata, valga anunciar de entrada, de un tipo de daño nacido en la experiencia propia de la jurisprudencia colombiana, pero ha hecho curso en las fuentes doctrinaria y jurisprudenciales autóctonas.

El caso fallado en la sentencia en mención fue resuelto con ocasión a una serie de dificultades respiratorias que el actor sufrió, y fruto de la cual padeció una “distorsión de la raíz cervical con destrucción de la musculatura paravertebral cervical”.

---

<sup>40</sup> ZANNONI, Eduardo. *El daño en la responsabilidad Civil*, Buenos Aires: Editorial Astrea., 1994. P. 221 y SS.

<sup>41</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia de doce (12) de julio de 1994, M.P. Pedro Lafont Pianetta.

El tribunal aludido no había nunca resuelto una cuestión de dicha naturaleza, y sin embargo fue claro en preceptuar que, en las hipótesis de lesiones físicas a la persona, para la determinación del daño resarcible se podían considerar dos distintos tipos de perjuicios:

- 1) El perjuicio de orden patrimonial del damnificado a causa de la lesión sufrida, en razón de los frutos, rentas o dineros que pudo dejar de percibir.
- 2) Un perjuicio no patrimonial consistente en el daño biológico, materializado en la lesión a la integridad física en si misma considerada.

En dicha sentencia el juzgador subrayaba con vigorosa fuerza la originalidad y la utilidad práctica de esta noción que propugnaba por satisfacer las exigencias de justicia e igualdad del ordenamiento jurídico italiano.

Como bien escribía el Tribunal de Génova:

*“El motivo fundamental por el cual la praxis interpretativa examinada debe ser abandonada para dar lugar a una nueva y sofisticada noción de daño viene identificado en una profunda razón de equidad (...). Si un mismo daño biológico (que no incide entonces en la respectiva capacidad o relación de trabajo-ganancia) golpea a las personas que gozan de réditos de trabajo de diversa entidad, éstas, por el hecho mismo que el daño no está definido en términos de incapacidad laboral y por ello mismo concretamente referido a los respectivos débitos de trabajo, recibirán en consecuencia un tratamiento resarcitorio muy distinto. La inequidad de esta situación es tan grave y evidente que pese a que el Derecho en la actualidad no reconoce el resarcimiento de daños de ésta naturaleza, por vía*

*jurisprudencial debe protegerse los intereses jurídicos superior y tutelados por nuestro ordenamiento jurídico.”<sup>42</sup>*

Resulta evidente entonces que en este sentido la conexión entre el daño moral y el daño biológico era bastante estrecha. La doctrina entonces comenzó a elaborar diversas teorías y se empezó a buscar normas jurídicas que justificasen o sustentasen aquello que ya el tribunal de Génova había sostenido. En efecto, encontraron como norma básica aquella del artículo 2043 del Código Civil Italiano, disposición que sin embargo se quedaba corta al establecer la obligación del resarcimiento del daño a cargo del responsable del hecho dañoso o culposo que le causó, pero limitándose únicamente a definir como injusto el daño resarcible sin agregar que tal daño deba ser patrimonial. La postura entonces, carecía de fundamentos normativos sólidos.

Pese a ello, las orientaciones esgrimidas por el fallo del Tribunal de Génova, si bien fueron vistas con recelo, sí contribuyeron en buena medida a la creación de esta nueva noción de daño, al establecer un punto de partida para la discusión del tema dentro y fuera de Italia. Otros tribunales a lo largo del país parecieron seguir el camino trazado por el Tribunal de Génova.

En efecto, el Tribunal de Piza en sentencia del 10 de marzo de 1979 puntualizó que:

*“(...) no se puede negar que en nuestro ordenamiento existe un principio general de reparación del daño a la salud considerado como tal, puesto que de una correcta interpretación del artículo 32 de la Constitución y los diferentes desarrollos doctrinales y jurisprudenciales más recientes se puede concluir que las normas constitucionales en el ámbito de las relaciones privadas y personales*

---

<sup>42</sup> Sentencia del Tribunal de Génova, 25 de mayo de 1974, en: *Giurisprudenza Italiana*, I, n.2, pág. 54, con comentario adhesivo de Mario Bessone y Vincenzo Roppo, *Lesione dell'integrità fisica e "diritto alla salute"*. Una giurisprudenza innovativa in tema di valutazione del danno alla persona

*reconocen al derecho a la salud como un derecho subjetivo que cobija a cualquier individuo.”<sup>43</sup>*

La Corte de Apelación de Génova en sentencia del 15 de julio de 1975 fue aún más categórica al afirmar que no era resarcible dentro del ordenamiento italiano el así llamado daño biológico, en tanto dado que las lesiones a la salud no eran de carácter patrimonial. Según dicho pronunciamiento la afectación psicofísica considerada como tal e independiente de su incidencia sobre la capacidad laboral y el daño del damnificado, debía ser clasificada dentro del daño no patrimonial, resarcible únicamente en las hipótesis contempladas en la ley.

Solicitada la intervención de la Corte Constitucional italiana, ésta se pronunció por primera vez en materia de daño biológico con dos sentencias gemelas de fecha 26 de julio de 1979.

En esencia, dichas sentencias sostuvieron la inconstitucionalidad de la interpretación del artículo 2053 del Código Civil Italiano por encontrarse este riñendo directamente con las normas constitucionales en cuanto no reconocía la resarcibilidad del daño a la salud, como daño autónomamente considerado, independiente de las consecuencias económicas.

Sostuvo también la Corte que la lesión al derecho a la salud y la integridad física podía ser definida como derecho fundamental y absoluto de la persona que daba origen a un daño no patrimonial. Precisó en aplicación del artículo 2059 del Código Civil era posible acordar el resarcimiento de todos los perjuicios de carácter patrimonial y no patrimonial, entre los cuales se hallaba aquel de la salud, que hacía parte de los segundos al no ser susceptible de valoración económica.

---

<sup>43</sup> Sentencia citada por Francesco Donato Busnelli en I primi fermenti giurisprudenziali en: Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al “diritto vigente”, pág. 55

Pese a ello, el Tribunal Constitucional en dicho fallo también señaló que únicamente sería reparable en aquellos casos en que la ley así lo dispusiese y como consecuencia de un ilícito de carácter penal. Sin embargo, es éste el primer reconocimiento a nivel constitucional del daño biológico, que desde aquel entonces ha tenido amplio y vigoroso desarrollo en la doctrina y la jurisprudencia italiana. Hoy por hoy dicha categoría del daño es autónoma e independiente, y la jurisprudencia la ha definido como:

*“Aquel que, prescindiendo de las consecuencias lesivas que inciden directamente en la eficiencia laboral del sujeto lesionado y sobre su capacidad de producir renta, toma en consideración todos los efectos negativos del acto lesivo que inciden sobre el bien de la salud en sí mismo considerado y como derecho inviolable del hombre”<sup>44</sup>.*

No obstante, nuestro Código Civil a pesar de no tener regulación expresa sobre la reparación de los perjuicios inmateriales sí consagra un artículo que permite la interpretación sobre la reparación de este tipo de perjuicios por vía legal, tal artículo es el 2341: *“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por culpa o el delito cometido”<sup>45</sup>*, respecto al perjuicio fisiológico que se fundamenta en la pérdida de las funciones que hacen agradable la existencia humana, por ejemplo aquella persona que pierde el oído y no puede escuchar la música de su preferencia, o asistir a un concierto, e incluso dejar de practicar el deporte que más le agrada como por ejemplo la caza, es en suma la relación que la persona tenía con la vida frente a su existencia ya no será más.

De otra parte y una vez enunciados los perjuicios frente a los cuales tradicionalmente el daño se ha ocupado, tenemos que la pérdida de oportunidad, cuya definición y ubicación es de complejo abordaje de cara a las tipologías de los perjuicios enunciados. La razón radica en que como se

---

<sup>44</sup> Italia, Corte de Cassazione, Sentencia del 29 de mayo de 1991.

<sup>45</sup> Artículo 2341 del Código Civil colombiano.

anticipó al estudiar los requisitos del daño la pérdida o el hecho de dejar de aumentar el activo de una persona sea cierto, tal como ocurre en el lucro cesante o el daño emergente, incluso el dolor que sufrió la persona debe estar acreditado para que la reparación por el perjuicio moral se abra paso, asimismo la pérdida de las funciones que hacen que la vida sea agradable deben demostrarse, en suma el común denominador de estos tipos de perjuicios está en la certeza. Por el contrario la pérdida de oportunidad se sitúa entre la probabilidad de aminoración del activo de una persona bien sea porque incurre en gastos que pudo evitar o por que dejó de incrementar su activo, al respecto, ha dicho la jurisprudencia:

*“La pérdida de oportunidad o pérdida del chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta que genera por consiguiente la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial”<sup>46</sup>.*

En los capítulos subsiguientes se precisará no solo la caracterización de la pérdida de oportunidad sino su ubicación efectiva dentro de los componentes estructuradores de la responsabilidad.

## 1.7 EL NEXO DE CAUSALIDAD COMO COMO ELEMENTO ESTRUCTURADOR DE LA RESPONSABILIDAD

El nexo causal, como factor estructural de la responsabilidad, es en resumidas cuentas uno de los elementos constantes e independientes de la culpa, que permite atribuir la responsabilidad del hecho jurídico a una persona ya sea por

---

<sup>46</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de veintiuno (21) de marzo de 2012, C.P Mauricio Fajardo Gómez.

acción o por omisión, en tal sentido la causalidad entre la conducta o la omisión debe generar una lesión al interés jurídico que el derecho protege, en otras palabras, se debe causar un daño.

Ahora bien, el nexo causal es determinante para establecer qué tipo de perjuicios se deben reparar, es decir que un adecuado manejo de la causalidad establece el límite de la responsabilidad y por tanto, tiene incidencia directa en el *quantum* indemnizatorio, al respecto:

*“El contenido jurídico del daño está, ante todo, en función de la relación de causalidad entre el hecho productor del daño y el daño, es decir, que para fijar el montante del daño que debe reprimirse jurídicamente, se requiere, en primer lugar, establecer los límites dentro de los que el daño pueda considerarse causado por un hecho humano provisto de los atributos exigidos por la ley con fines de responsabilidad.”<sup>47</sup>*

Lo anterior, pone de presente la importancia capital del nexo causal para la cuantificación del daño, frente a lo cual parte de la doctrina<sup>48</sup> actual ha subestimado esta perspectiva. En razón a que el enfoque que se ofrece solo estudia a profundidad un efecto del nexo de causalidad, que se sintetiza en la relación existente entre la conducta y el daño, pero no se estudia el nexo de causalidad como elemento que permite establecer los límites en la cuantificación de daño, en otras palabras, se privilegia la causalidad como fenómeno, frente a la causalidad jurídica.

## 1.8 LA IMPUTACIÓN COMO ELEMENTO ESTRUCTURADOR DE LA RESPONSABILIDAD

La imputación deviene en la atribución de la responsabilidad bajo el

---

<sup>47</sup> Cfr. DE CUPIS, Adriano. Pág. 246

<sup>48</sup> Al respecto se pueden consultar: VELÁZQUEZ POSADA, Obdulio. *Responsabilidad Civil Extracontractual* Ed Temis-Universidad de la Sabana, ISBN: 9789583509476, 2013 y MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina. *Responsabilidad civil extracontractual*, Bogotá D.C.: Temis, 2003.

señalamiento del sujeto generador del daño por vía de acción u omisión. De suerte que existe una relación entre la causalidad apreciada desde su esfera natural con el fin de reportar de su análisis la atribución de responsabilidad. El Consejo de Estado ha resaltado con claridad que:

*“Más allá de la compleja cuestión relacionada con la identificación de los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual del Estado a partir de la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991, incluso frente a supuestos que han dado lugar a comprensiones —al menos en apariencia— dispares en relación con dicho extremo, la Sala ha reconocido que con el propósito de dilucidar si procede, o no, declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en cualquier supuesto concreto, resulta menester llevar a cabo tanto un análisis fáctico del proceso causal que, desde el punto de vista ontológico o meramente naturalístico, hubiere conducido a la producción del daño, como un juicio valorativo en relación con la posibilidad de imputar o de atribuir jurídicamente la responsabilidad de resarcir el perjuicio causado a la entidad demandada; dicho en otros términos, la decisión judicial que haya de adoptarse en torno a la responsabilidad extracontractual del Estado en un caso concreto debe venir precedida de un examen empírico del proceso causal que condujo a la producción del daño, de un lado y, de otro, de un juicio, a la luz de los diversos títulos jurídicos de imputación aplicables, en torno a la imputabilidad jurídica de dicho daño a la entidad demandada.*

*(...) En consecuencia, no debe desdeñarse la importancia de precisar con mayor rigor, en el plano jurídico del Derecho de Daños, el concepto filosófico de causa, toda vez que en esta parte del universo del Derecho dicha noción “no se trata para nada de causa y efecto, en el sentido de las ciencias naturales, sino de si una determinada conducta debe ser reconocida como fundamento jurídico suficiente para la atribución de consecuencias jurídicas, o*

*sea de la relación de fundamento a consecuencia*<sup>49</sup>.

Empero, la responsabilidad no es automática en punto de la imputación por considerarse desde un prisma naturalístico con consecuencias jurídicas el advenimiento de una causa extraña o ajena a la esfera de dominio del sujeto comitente que evita la consumación y acreditación de la imputación del daño. Las causales eximentes que permiten que no se pueda realizar la imputación de daño a la conducta de un agente toda vez que se rompe el nexo de causalidad.

En relación con las causales de eximentes de responsabilidad, existe pacífico entendimiento en que su configuración pende de la concurrencia de tres elementos o factores. (i) Su irresistibilidad; (ii) su imprevisibilidad; y (iii) su exterioridad respecto del demandado, extremos en relación con los cuales la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dispuesto:

*“En cuanto tiene que ver con (i) la irresistibilidad como elemento de la causa extraña, la misma consiste en la imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo; en otros términos, el daño debe resultar inevitable para que pueda sostenerse la ocurrencia de una causa extraña, teniendo en cuenta que lo irresistible o inevitable deben ser los efectos del fenómeno y no el fenómeno mismo pues el demandado podría, en determinadas circunstancias, llegar a evitar o impedir los efectos dañinos del fenómeno, aunque este sea, en sí mismo, irresistible, caso de un terremoto o de un huracán (artículo 64 del Código Civil) algunos de cuyos efectos nocivos, en ciertos supuestos o bajo determinadas condiciones, podrían ser evitados.*

*(...)*

*Y, por otra parte, en lo relacionado con (iii) la exterioridad de la causa*

---

<sup>49</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias del 11 de febrero del 2009. Expediente 17.145, del 20 de mayo del mismo año, Expediente 17.405 y del 19 de agosto de 2009, Expediente 17.502, entre otras.

*extraña, si bien se ha señalado que dicho rasgo característico se contrae a determinar que aquella no puede ser imputable a la culpa del agente que causa el daño o que el evento correspondiente ha de ser externo o exterior a su actividad, quizás sea lo más acertado sostener que la referida exterioridad se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que el demandado invoca como causa extraña debe resultarle ajeno jurídicamente, pues más allá de sostener que la causa extraña no debe poder imputarse a la culpa del agente resulta, hasta cierto punto, tautológico en la medida en que si hay culpa del citado agente mal podría predicarse la configuración al menos con efecto liberatorio pleno de causal de exoneración alguna, tampoco puede perderse de vista que existen supuestos en los cuales, a pesar de no existir culpa por parte del agente o del ente estatal demandado, tal consideración no es suficiente para eximirle de responsabilidad, como ocurre en los casos en los cuales el régimen de responsabilidad aplicable es de naturaleza objetiva, razón por la cual la exterioridad que se exige de la causa del daño para que pueda ser considerada extraña a la entidad demandada es una exterioridad jurídica, en el sentido de que ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la accionada»<sup>50</sup> .*

Así las cosas, la comprensión de la dinámica de la responsabilidad, su importancia en los contextos social y jurídico, así como el abordaje de sus elementos estructurales, daño, causalidad e imputación, permite dirigir el desarrollo subsiguiente de esta reflexión académica a connotar y ubicar la pérdida de oportunidad en el seno de la jurisprudencia del Consejo de Estado y su tratamiento como categoría autónoma de daño y adoptar una posición propia sobre la naturaleza jurídica de esta categoría (*chance*).

---

<sup>50</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia del veintiséis (26) de marzo de dos mil ocho (2008), Expediente No. 16.530, C.P. Mauricio Fajardo Gómez

## 1.9 LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

En la actualidad el Consejo de Estado solamente reconoce dos elementos para que se genere la responsabilidad estatal: el daño y la imputación<sup>51</sup>. Lo anterior se debe a que: (i) la concepción del daño en materia contencioso administrativo si bien debe cumplir con los elementos clásicos de cierto, directo y personal tiene una acepción especial- la antijuridicidad del daño en materia de responsabilidad estatal-, es decir, *“la desigualdad ante las cargas públicas”* o *“una carga pública que un individuo no está obligado a soportar”* o en palabras del Consejo de Estado *“el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación”*<sup>52</sup>; (ii) porque desde el nexo de causalidad se mira dentro de la imputación, en efecto, como lo ha recalcado el Consejo de Estado: resulta *“menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’*<sup>53</sup>”.

Es por esto que bajo la imputación que debe elaborar el operador jurídico, se debe mirar tanto la imputación fáctica (causalidad) como la imputación jurídica/normativa en sus diferentes modalidades de (a) falla del servicio; (b) riesgo excepcional y (c) daño especial, que no serán objeto de estudio en la presente disertación.

En vista de lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que: *“los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado*

---

<sup>51</sup> Al respecto ver: ARENAS MENDOZA, Hugo, *Un siglo de jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de responsabilidad extracontractual*, Editorial Ibañez, 2015, pp. 190-227.

<sup>52</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias de 11 de noviembre de 1999. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11499 y del 27 de enero de 2000. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 10867, entre otras. Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Aclaración de voto de Enrique Gil Botero de 30 de julio de 2008. Exp. 15726.

<sup>53</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 13 de julio de 1993.

son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado<sup>54</sup>”. En este mismo sentido la Corte Constitucional ha considerado que existe responsabilidad estatal “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público<sup>55</sup>”.

## CAPÍTULO II: DE LA CAUSALIDAD Y SU RELACIÓN CON LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

*La probabilidad entendida como frecuencia de la relación entre dos clases de eventos, es un dato a tener en cuenta a la hora de establecer relaciones causales<sup>56</sup>*

Luis Díez-Pícazo

---

<sup>54</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643.

<sup>55</sup> Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002

<sup>56</sup> **Luis Díez-Picazo**, *Derecho de daños* Editorial Civitas, Madrid. 1999. Pág. 328.

## 1.10 FINALIDAD DEL CAPÍTULO

La finalidad de este capítulo consiste en demostrar que la pérdida de la oportunidad resulta ser un problema de incertidumbre o probabilista causal. Para efectos de sustentar esta aproximación al tema, resulta imperante realizar un estudio detallado ontológico y epistemológico de la causalidad como fenómeno axiológico y autónomo dentro del mundo jurídico, ya que solo de esta manera se podría colegir que en efecto el loss of chance pertenece a este elemento esencial y problemático de la responsabilidad civil y del Estado.

Asimismo, en este capítulo se analizarán las características del nexo causal como una categoría problemática dentro de la literatura legal, para después analizar las distintas teorías o construcciones legales que se han desarrollado para efectos de entender este tema y darle una aplicación práctica, para resolver los distintos escenarios jurídicos tanto litigiosos como no litigiosos.

De igual manera se expondrán las críticas primordiales que se han generado frente a cada teoría y las limitaciones de las mismas. Adicionalmente, se hará diferencia a la interrelación entre causalidad física y la causalidad jurídica y sus diferencias, al igual que se hará alusión a la finalidad de la causalidad jurídica. Una vez desarrollado lo anterior, se explicará la tesis mediante la cual se aduce que la pérdida del chance es un fenómeno perteneciente al nexo causal, lo cual resulta esencial para entender las limitaciones de la segunda concepción doctrinaria y jurisprudencial que afirma que el loss of chance es una tipología de daño.

Con base en lo anterior, el presente capítulo tiene como objetivo resolver los siguientes interrogantes: ¿qué implicaciones tiene analizar esta institución en el nexo de causalidad?, ¿de qué sirve ver la pérdida de la oportunidad en el nexo causal? y ¿cuál es la naturaleza jurídica de esta institución?

## 2.2. EN RELACIÓN CON LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD

Vale la pena anotar que, si bien nos parece supremamente respetable el hecho de que el Consejo de Estado estime que son dos los elementos primordiales de la responsabilidad, es decir, el daño y la imputación, en este trabajo se optará por la tesis clásica que considera que la responsabilidad se basa en los elementos de imputación, nexo causal y daño.

La razón de lo anterior, es que como ya se explicó en líneas anteriores no por el hecho de que el Consejo de Estado considere que los elementos de la responsabilidad son la imputación y el daño, significa esto que, el elemento de la causalidad se desvanezca, sino que el mismo se incluye dentro de la imputación. La otra razón es que, para efectos de explicar la relación entre la pérdida de la oportunidad y la causalidad, resulta más fácil desarrollar lo anterior con base en la tripartición clásica de la responsabilidad civil.

Lo anterior, sin perjuicio de que debido a las particularidades de la responsabilidad estatal en Colombia, el órgano rector en materia contencioso administrativa haya optado por incluir el nexo causal dentro del elemento de imputación, lo cual estimamos que es una posición absolutamente respetable con base en el artículo 90 de la Carta Magna colombiana del cual se desprende todos regímenes especiales de responsabilidad del estado, artículo del cual se desprende que: *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputable (...)”*.

## 2.3. ASPECTOS GENERALES DEL NEXO DE CAUSALIDAD

Es inadmisibles que la existencia de un daño deba ser soportado por quien no ha contribuido en su realización. Debe darse de manera necesaria una relación entre el daño causado y la conducta de quien está llamado a responder por el mismo. Dicho vínculo constituye, como se afirmó en el capítulo primero de este texto el segundo elemento estructural de la responsabilidad.

El nexo causal puede definirse como el ligamen, de causa a efecto, tejido entre la acción humana y el daño producido o, lo que es lo mismo, aquella vinculación ideal entre el daño y la causa que produjo su materialización. Es, pues, el elemento intermedio dentro de la responsabilidad, cuyo estudio precede al deber reparador, siendo el primero el daño y el tercero la causa de tal.

Sobre la relación de causalidad, ha dicho la doctrina:

*“Es un concepto tomado de las ciencias naturales, aunque tiene raíces filosóficas. Con ella se expresa una conexión necesaria entre un antecedente (causa) y un consiguiente (efecto). La causa siempre está formada por un conjunto de hechos. Como en la mayoría de los casos es imposible un conocimiento exacto de todos y cada uno de los fenómenos que componen la causa, no es tarea del jurista la indagación de cuál es la causa compleja de un resultado sancionado (...) porque esto pertenece a las ciencias jurídico-naturales; su tarea más bien es averiguar qué papel desempeña en el complejo causal un acto humano que se inserta entre los antecedentes del resultado”<sup>57</sup>.*

Es por ello la base del estudio de la causalidad es la causa. La idea de causa se asocia con las nociones de anterioridad y necesidad<sup>58</sup>. De modo que al verse sumadas permiten señalar por causa la ocurrencia de una cosa después de otra, así las cosas, que sin la primera sería imposible el acaecimiento de la segunda. Por ello, en una aproximación conceptual simple, la causa de un resultado será aquella que suprimida haría desaparecer dicho resultado.

---

<sup>57</sup> LOPEZ DIAZ, Claudia. *Introducción a la Imputación Objetiva*. Centro de investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, Colección de estudios N° 5, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 1996, pág. 25.

<sup>58</sup> Desde las ciencias exactas, Galileo afirmó que: (...) “aquella y no otra debe llamarse causa, a cuya presencia siempre sigue el efecto y a cuya eliminación el efecto desaparece”. GALILEO citado por GOLDEMBERG (Isidoro H.) *La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires, editorial Astrea, 1989. Pág. 6.

La doctrina calificada ha referido por causalidad:

*Todo lo que llega a ser tiene su causa, es la correcta expresión del principio de causalidad, y la causa, en el sentido de causa eficiente, es el influjo proveniente de otro ser que hace que una cosa sea lo que es. De este modo la causalidad puede ser definida como el lazo que se establece entre dos fenómenos cuando uno de ellos debe su existencia al otro. Aplicada esta noción al mundo jurídico podemos afirmar que entre dos fenómenos existe causalidad, cuando uno de ellos existe o subsiste en razón de la existencia de otro<sup>59</sup>.*

Por ende, se concluye, que todo cuanto llega a ser tiene una causa, y, desde un prisma jurídico, la relación de causalidad significa que el advenimiento de un resultado se debe a un hecho anterior, a una conducta, sin la cual aquel no se hubiere realizado el segundo existe en razón a la existencia o subsistencia de la primera.

#### 2.4. LA DISTINCIÓN ENTRE CAUSALIDAD Y CULPABILIDAD

Es común emplear indistintamente los conceptos de culpabilidad y causalidad. Empero, desde la técnica jurídica no es admisible su equiparación, por cuanto se trata de fenómenos diferentes. Ontológicamente hablando, existe una clara distinción entre las nociones de causalidad y culpabilidad, puesto que la noción de culpa responde a la subjetividad, en tanto que la noción de causalidad, nos ofrece la idea de un fenómeno objetivo, que escapa a la subjetividad. Sin embargo: *“La causalidad y la culpabilidad resultan dos elementos independientes y de diferente contenido.”<sup>60</sup>*

Es así como para el doctrinante Héctor Patiño:

---

<sup>59</sup> PEIRANO FACIO, Jorge. *Responsabilidad Extracontractual*, 2ª edición, Bogotá D.C.: Temis, 2004, pág. 410.

<sup>60</sup> COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén. *Naturaleza de la relación causal*, Edición homenaje: Dr. Jorge Mosset Iturraspe, Ediciones UNL, Buenos Aires. Pág. 110.

*“El nexo de causalidad a diferencia de la culpa, no admite, por norma general, ningún tipo de presunción. Esa es la razón por la cual es necesario quitarnos de la cabeza la sinonimia entre culpabilidad y causalidad, cierto un hecho puede ser producto de muchos factores, entre ellos la culpa, lo que de suyo no implica un nexo causal que obligue a reparar a quien cometió culpa. Por fortuna, el Consejo de Estado, ha superado la discusión sobre la presunción de culpabilidad, de causalidad y de responsabilidad en los regímenes objetivos y actualmente se tiene claro en la jurisprudencia del Alto Tribunal que cuando se está en presencia de un régimen objetivo de responsabilidad no se tiene por existente una presunción de culpabilidad ni de responsabilidad, sino que es un régimen en el cual el actor deberá probar todos los elementos de la responsabilidad (incluida, por supuesto la causal), mientras que el demandado deberá acreditar una causa extraña para exonerarse de responsabilidad, pues demostrar diligencia y cuidado no le será suficiente para liberarse.<sup>61</sup>”*

La causalidad y la culpabilidad son distintas maneras de establecer un ligamen entre dos fenómenos o seres independientes, pero la causalidad se refiere a una simple imputación física, (que de antaño se denominaba *imputatio facti*), en tanto que la culpabilidad se refiere a la imputabilidad moral o jurídica (actualmente denominado *imputatio iuris*). A la primera corresponde la indagación por un sujeto que materialmente ha realizado un acto; con la segunda, obtenemos el dato de si también debe ser considerado autor moral del mismo. En conclusión, la culpabilidad y la causalidad no son equivalentes ni concurrentes; son intelectualmente discernibles; por ello puede existir independientemente una y otra, en cuanto es posible la presencia de relación de causalidad sin relación de culpabilidad.

Para entender, la diferencia entre culpabilidad y el nexo de causalidad vale la

---

<sup>61</sup> Patiño, Héctor, Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración. Aproximación a la jurisprudencia del consejo de estado colombiano *Revista de Derecho Privado* [en línea] 2008, (Enero-Junio): [Fecha de consulta: 19 de marzo de 2016] Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417537590007>> ISSN. Pág. 194.

pena traer a colación un ejemplo clásico del jurista Orgaz: una persona le da veneno a otra, pero antes de que se muera por el veneno, la víctima muere por un accidente, en este caso habría culpabilidad por parte de la persona que le dio veneno a la víctima pero no existiría ningún tipo de relación de causalidad<sup>62</sup>.

## 2.5. VICISITUDES DE LA CAUSALIDAD

Respecto de la causalidad se han identificado inconvenientes que han dificultado su aplicación. Existen vicisitudes relativas al concurso de causas en la realización de un resultado jurídicamente relevante, por lo que la doctrina ha evolucionado distintas elaboraciones teóricas explicativas de la causalidad en procura de resolver la cuestión.

Por su parte se ha visto la necesidad de circunscribir la noción de causa dentro de la cadena interminable de sucesos vinculados a la realización del daño y su consecuente reparación, es decir, a la satisfacción de perjuicios directos e indirectos, que varía de sistema jurídico en sistema jurídico.

Habida cuenta de su importancia se precisa abordar de manera sucinta cada una de dichas elaboraciones, bajo el tríplico noción, ventajas y crítica respectiva.

## 2.6. CONSTRUCCIONES TEÓRICAS EN TORNO A LA CAUSALIDAD

Se han construido diversas teorías que explican la causalidad como fenómeno. Al respecto tenemos la teoría de la equivalencia de las condiciones la cual indica:

*“Que para dar por acreditada la causalidad debe mostrarse que el*

---

<sup>62</sup> Citado en BORDA, Guillermo A. *Manual de Derecho Civil, Parte General*, Editorial Perrot, Buenos Aires.

*hecho por el cual se responde es una condición necesaria del daño. Y un hecho es condición necesaria de un cierto resultado cuando de no haber existido la condición, el resultado tampoco se hubiera producido (el hecho es conditio sine qua non del daño)".<sup>63</sup>*

Las teorías de la causalidad buscan explicar, el nexo de causalidad como fenómeno, pero no como causalidad jurídica lo que genera que la comprensión del derecho de daños no sea precisa ya que como se verá el nexo de causalidad no solamente permite imputar a un sujeto determinado un daño, sino que permite saber cuáles son los perjuicios susceptibles de reparación en sede judicial.

## 2.7. TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES

Evoca el resultado como consecuencia de un sinnúmero convergente de todas las condiciones que han contribuido a su producción. En ella no se prioriza o da mayor peso a los eventos causales, pues todos cuentan con un mismo valor, circunstancia de la cual deriva su denominación. De allí que adquiera su nombre. La fórmula para determinar el vínculo entre el comportamiento humano y un resultado se halla por el siguiente mecanismo: existe nexo de causalidad siempre que al suprimir mentalmente la acción, el resultado no se produce; habrá entonces total nexo de causalidad entre conducta y modificación del mundo exterior. Contrario sensu: no existe nexo de causalidad cuando al eliminar mentalmente el comportamiento, el resultado de todas maneras se hubiese producido. Todas las causas (concausas) son necesarias para el acaecimiento de un evento, *in concreto*, de un daño, puesto que concurren en su producción.<sup>64</sup>

Esta elaboración encuentra múltiples ventajas; entre ellas, asegura al lesionado por el daño una probabilidad de éxito en la reparación porque la carga de la

---

<sup>63</sup> BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Ed Jurídica de Chile, 2006 pág. 376.

<sup>64</sup> MAZEUD, Henry y León, *Lecciones de derecho civil*. Parte segunda. Volumen II. Ed: EJE, Buenos Aires. 1969. Pág. 313.

prueba del nexo causal se reduce al mínimo. Esta teoría, además, ejerce un efecto disuasivo y preventivo en cuanto si, todas las condiciones susceptibles de convertirse en causa y de comprometer una responsabilidad, los agentes procuran comportarse con diligencia y extrema prudencia.

El renombrado doctrinante Franz Von Liszt esgrime que el resultado:

*“debe ser causado (provocado) por un movimiento corporal; el movimiento corporal y el resultado, cuando este no hubiera tenido lugar si aquel... (conditio sine qua non). Claro que, de este modo, solo consideramos el resultado en su forma concreta... **Todas las condiciones del resultado son, por consiguiente, del mismo valor.** La concausa (Mitursache) se considera también como causa en sentido jurídico”<sup>65</sup>.*

Al igual, según René Savatier, la equivalencia de las condiciones expone que: *“(...) todos los orígenes del daño, lejanos o próximos, tienen el mismo rango”<sup>66</sup>.*

A simple vista resaltan las limitaciones que ostenta la aplicación de esta teoría ya que como no dudo en exponerlo el importante tratadista alemán Binding la aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones llevaría a que *“todos resultarían culpables de todo”<sup>67</sup>.* En esta misma línea de pensamiento concuerda perfectamente la jurisprudencia del H. Consejo de Estado:

*“Para la Sala es importante resaltar que no todas las acciones que anteceden a la producción del daño son causas directas del mismo, como se plantea en la teoría de la equivalencia de las condiciones, es un sinsentido otorgarle igual importancia a cada hecho previo a la producción del daño, lo relevante es identificar cuál acción fue la causa determinante, principal y eficiente del hecho dañoso, de lo*

<sup>65</sup> VON LISZT, Franz. *Tratado de derecho penal*, t. II., Reus, Madrid p. 304-305.

<sup>66</sup> SAVATIER, René. *Cours de droit civil*, Paris, L.G.D.J., p. 46.

<sup>67</sup> BORREL MACÍA, Antonio. *Responsabilidades derivadas de la culpa extracontractual civil*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona pág. 59.

*contrario, se llegaría al absurdo de que la consecuencia o daño, sería la sumatoria de todos los antecedentes, haciendo un retorno al infinito.<sup>68</sup>”*

En fin, en palabras del tratadista de Antonio Borrel Macía criticando la teoría que se viene analizando ha observado que *“la extensión de la responsabilidad nos lleva a límites inconcebibles, va extendiéndose a personas y más personas todas las cuales han puesto su grano de arena para producir la situación de hecho necesaria para la realización del daño<sup>69</sup>”*.

En conclusión:

*“en verdad la teoría de la equivalencia de las condiciones no permite decir cuando hay causalidad... Por consiguiente, es preciso reconocer que todos los acontecimientos que desempeñan un papel en la realización de un perjuicio no representan en él un papel decisivo, un papel verdaderamente creador; todos no producen verdaderamente el daño<sup>70</sup>”*.

Y es que el precedente del Consejo de Estado reafirma y se encuentra de acuerdo con lo expuesto por los anteriores autores al considerar y tildar la teoría de la equivalencia de las condiciones de *“insatisfactoria”* ya que *“basta con que la culpa de una persona haya sido uno de los antecedentes del daño para que dicha persona sea responsable de él, sin importar que entre la conducta culposa y el daño hubieran mediado otros acontecimientos numerosos y de gran entidad<sup>71</sup>”*.

En efecto:

---

<sup>68</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección “A”. Consejera Ponente: (E) Gladys Agudelo Ordóñez. Sentencia del 26 de enero de 2011. Radicación número: 540001-23-31-000-1994-08665-01 (18965).

<sup>69</sup> BORREL MACÍA, Antonio. *Responsabilidades derivadas de la culpa extracontractual civil*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona pág. 59.

<sup>70</sup> MAZEUD Henri y León, y TUNC, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil*, t. II, vol. IV, Buenos Aires, EJEA, p. 21

<sup>71</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 30 de octubre de 2013.

*“Tampoco puede considerarse que todos los antecedentes del daño son jurídicamente causas del mismo, como se propone en la teoría de la equivalencia de condiciones, o de la causalidad ocasional expuesta por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 17 de septiembre de 1.935, según la cual "en estos casos si la persona culpable se hubiera conducido correctamente, el perjuicio no habría ocurrido", a la cual se refiere también un salvamento de voto del Dr. Antonio J. de Irisarri del 8 de octubre de 1986 (exp. 4587), en el cual se expresa que "con fines simplemente analíticos, para verificar esa relación de causa a efecto, puede examinarse qué ocurriría o habría ocurrido, si el suceso - causa no se hubiera dado. Si la respuesta es en el sentido de que el efecto no habría sucedido, ha de admitirse que aquél sí constituye causa de éste, porque justamente para que el efecto se dé en la realidad, tiene que ocurrir aquél. En la hipótesis contraria no existiría esa relación de causalidad."*

*Tal posición llevaría a que en el clásico ejemplo citado por José Melich, el sastre que retrasa por negligencia la entrega de un abrigo de viaje, tendría que responder por el accidente ferroviario que sufrió su cliente que debió por tal motivo aplazar su viaje. Como lo señala el doctor Javier Tamayo Jaramillo, "deshumanizaría la responsabilidad civil y permitiría absurdamente, buscar responsables hasta el infinito."<sup>72</sup>*

Por lo tanto, resulta claro que esta construcción tiene desventajas. En resumen, algunas limitantes de la teoría de la equivalencia de las condiciones son las siguientes:

- a) Esta teoría, ensancha de forma exagerada el concepto de causa: todo es causa, y es la causalidad infinita. En consecuencia, el juez carece de un marco claro para desenvolver una solución adecuada a las

---

<sup>72</sup> Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá, D.C., ocho (8) de marzo de dos mil siete (2.007).

circunstancias del caso en estudio. No permite conocer la ley causal natural que rige un suceso y no explica los casos de causalidad hipotética y alternativa.

- b) La infinidad que dificulta su análisis, podría conducir a determinar, sin un límite razonable y jurídicamente adecuado una infinidad de sujetos como autores de un daño producido.
- c) La teoría conduce a situaciones inaceptables ya que considera como equivalentes todas las condiciones de un mismo hecho, es decir el juez va a valorar los hechos teniendo en cuenta todo el conjunto de condiciones que en alguna medida ayudaron a que ese resultado se produjera.
- d) Al ser equivalentes las condiciones nunca va a haber una ruptura del nexo causal cuando hay intervención de un tercero ya que esa condición también se va a tener como relevante, y por lo tanto también va a ayudar a producir el efecto final.
- e) Esta teoría no establece las diferencias entre la causalidad hipotética y alternativa, y entre la causalidad simple y la compleja. Para entender esta crítica hay que tener en cuenta que la causalidad hipotética es cuando de todos modos el hecho se va a producir, como por ejemplo la situación en la que en una guerra si un soldado no mata al enemigo, de igual forma otro soldado lo hubiera hecho, esto indica que el resultado inevitablemente se hubiera producido. La causalidad alternativa, es cuando dos hechos producen el mismo resultado, como ejemplo tenemos la situación en la que dos personas disparan al mismo tiempo contra una persona, aquí el resultado necesariamente va a ser la muerte, es decir, los dos resultados concurren, ya que al quitar uno de ellos, el resultado de todas maneras se va a producir. Aplicando esta

teoría no habría nexo de causalidad y por lo tanto no habría responsable del daño.

### 2.7.1. TEORÍA DE LA CAUSA PRÓXIMA

Para esta teoría, entre todos los antecedentes o condiciones generadores de un hecho, es preciso encontrar uno relevante para erigirlo como causa de dicho hecho. Propende por superar las críticas construidas frente a su antecesora, tesis de la equivalencia de las condiciones. Visto este propósito, la causa próxima distingue, en atención a un criterio temporal la condición más cercana al resultado, de manera que las demás serán simples condiciones y serán desechadas por razón de la preeminencia de la causa más cercana a la producción del daño.

Bajo esta teoría se considera que *“la causa es el antecedente a favor temporalmente inmediato de un resultado”<sup>73</sup>*, cuya fundamento axiológico emana del problema expuesto por el filósofo inglés Francis Bacon; *in jure non remota, sed próxima causa spectatur*.

Dentro de las ventajas que ofrece esta teoría, se observa, más elocuente que la Teoría de la Equivalencia de las condiciones, por acercarse mejor a su propósito de construir la imputación, bajo la determinación de la causa generadora del daño. Pretende de una manera más elaborada acercarse a un fundamento de verdad claro, sobre la base que la última causa es la más eficaz para la producción del resultado dañoso.

Empero también genera críticas. Entre ellas:

- a) Abre la puerta a vicios de injusticia, porque si bien es cierto que en la mayor parte de los casos la última causa es la más eficaz, no es

---

<sup>73</sup> LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Tratado de derecho civi., Obligaciones*, t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pág. 369.

una regla infranqueable.

- b) No siempre la causa que dio origen al resultado va a ser el último evento que antecede al mismo, ya que van a ver muchas causas que en mayor o menor medida van a producir el resultado.
- c) Circunscribe la tarea del juez a verificar la última causa dentro de las circunstancias que rodearon el acaecimiento del resultado sin que pueda, en justicia, identificar cual de dichas condiciones, efectivamente, se prestó como verdadera causa.

### 2.7.2. TEORÍA DE LA CAUSALIDAD ADECUADA

La teoría de la causalidad adecuada intenta responder a la pregunta sobre cuáles condiciones causantes son jurídicamente significativas y cuáles de ellas deben ser imputables al actuante, no ya sobre la base de un criterio temporal, sino a partir de una valoración concreta y específica de la causa.

Por medio de esta nueva visión, la causa, efectos de la imputación, será aquella que, de acuerdo a la experiencia general de la vida, ostenta una tendencia general hacia el logro del resultado dañoso jurídicamente relevante. En consecuencia y residualmente, agotado el examen determinante de la causa adecuada serán consideradas jurídicamente irrelevantes todas aquellas que no aumentan la probabilidad del resultado típico o aquellas que por azar han colaborado al logro del resultado.

Se reconoce que todos los antecedentes de un hecho deben ser considerados condiciones necesarias para la producción de un resultado. Con todo, es preciso llegar a deducir de ese conjunto de condiciones que una de ellas posea la calidad de causa y a la cual sea posible atribuirle la producción del evento dañino, no ya bajo un criterio exclusivamente temporal, sino objetivamente cimentado en el análisis de la causa en su contenido y circunstancias de

acaecimiento.

Para ello no se aprecia el fenómeno causal in concreto, en cuya situación no puede elevarse ninguna condición a la categoría de causa, sino que se aprecia in abstracto, buscando la probabilidad que alguna de aquellas condiciones produzca el resultado cuya causa concreta se indaga. Si la respuesta es afirmativa, se eleva esa condición como causa. Esta conclusión es el resultado de un proceso de generalización que da relevancia a una de las condiciones al caso concreto; de esta manera, aun reconociendo la exactitud filosófica de la equivalencia de las condiciones, la tesis de la causalidad adecuada llega a desentrañar desde el punto de vista jurídico una causa por la vía de la generalización y de la apreciación de la situación in abstracto.

De esta manera, el jurista obstara por ubicarse en una posición de observador que se hallaba antes del hecho para realizar en juicio ex ante, donde dispone de los conocimientos de un hombre inteligente, del medio o círculo correspondiente al autor y se considerara también los conocimientos especiales que tenga el autor de los hechos.

Esta teoría considera:

*“como causas jurídicas del daño, sólo aquellas que normalmente contribuyen a su producción, desechando las que simplemente pueden considerarse como condiciones. Tal como lo proponen los partidarios de la teoría de la causalidad adecuada, expuesta por el alemán Von Kries, “sólo son jurídicamente causas del daño, aquellos elementos que debían objetiva y normalmente producirlo.”<sup>74</sup>”*

---

<sup>74</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de septiembre once de mil novecientos noventa y siete; Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo; Radicación número: 11764

En este sentido dicha teoría es el “*resultado de un módulo objetivo que contribuye a verificar si el daño es el resultado de un acontecimiento que ordinariamente era de esperar, era normalmente probable, era pronosticable*”<sup>75</sup>.

Por lo tanto, bajo esta teoría:

*“El accionante también tiene que demostrar en juicio la causalidad adecuada entre el daño padecido y la conducta de riesgo imputada al Estado mediante prueba directa o indirecta, porque la ley no ha señalado en materia de relación causal ni presunciones legales respecto de las cuales, probado un hecho (s) el legislador infiera su causalidad adecuada, ni tampoco los conocimientos del juez sobre la realidad social lo autorizan para deducir con certeza el nexo de causalidad eficiente y determinante.”*<sup>76</sup>

Esta construcción teórica reporta ventajas, al encerrar la idea de ponderación, ya que permite al juez observar las condiciones y determinar la causa adecuada, que le permita acercarse a una decisión justa. Coadyuva a la determinación de los perjuicios directos e indirectos consecuencia del daño, en cuanto se permite acentuar los daños directos e indirectos, siendo los primeros, los que provienen de la causa adecuada.

A pesar de lo anterior, esta elaboración teórica encuentra desventajas:

- a) En cuanto a la noción de previsibilidad que guarda la teoría, en el proceso de abstracción que le es propio y necesario para determinar qué condición debe ser considerada causa, puede prescindir de algunas condiciones, pero no de todas, puesto que una sola condición jamás hace posible una consecuencia. Véase como toda tesis amparada la causalidad adecuada implica un previo juicio de probabilidad, respecto de la ocurrencia de un hecho similar, dada la

---

<sup>75</sup> STIGLITZ, Rubén. *El siniestro*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pág. 70

<sup>76</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2002, expediente 13477.

existencia de unas concausas, y este juicio es arbitrario, no depende de un dato objetivo,

- b) Corolario de lo anterior, la Teoría carece un criterio cierto: depende del juicio o de la apreciación subjetiva de quien examine la causalidad adecuada. Igualmente se critica la vuelta a la confusión entre culpabilidad y causalidad: para llegar a establecer si una circunstancia es causa adecuada de un suceso, sea menester precisar, en mayor o menor grado, la previsibilidad del resultado, con lo que el concepto de causalidad material se halla atado al de culpabilidad, sin que se aprecie distinción entre ambos conceptos.
- c) Al hacer el juicio de previsibilidad se está confundiendo culpa con nexo causal y acá hay que tener en claro que el nexo de causalidad es la atribución material, es lo que une la causa con el efecto de culpabilidad, ya que no importa si el actor del daño actúa con culpa o con dolo, ya que esa es una etapa distinta del juicio de responsabilidad que es la que tiene que ver con la imputación del daño.

### 2.7.3. TEORÍA DE LA CAUSA EFICIENTE

Se trata de una forja doctrinaria coincidente en sus resultados con la Teoría de la Causalidad Adecuada, por cuanto comparte con ella la ponderación y la probabilidad en su método. No busca de manera privativa una única causa que dé lugar a la producción del resultado, es decir, no niega la posibilidad que del acontecer de un mismo evento concurren y se califiquen como causa dos o más condiciones.

Los conceptos que implica esta teoría son: Causa eficiente; condición y ocasión. La primera, corresponde a la causa propiamente dicha (*id a quod fit*), que responde a la inquietud de quién es el autor del daño y se define, en términos sencillos como aquello que por acción genera un resultado o alguna

cosa. La segunda, la condición, a diferencia de la anterior, no produce el efecto, sino que, simplemente permite a la causa producirlo: es un elemento que favorece la realización de la causa. La ocasión, como tercer concepto, es el nicho que favorece la realización de la causa y la concurrencia de las condiciones.

Esta tesis reporta beneficios. La Teoría de la Causa Eficiente refiere para la calificación de la causa aspectos cualitativos; al consistir en que el nexo de causalidad por sí mismo no puede establecer la responsabilidad por el resultado, sino que, necesita de la valoración de la importancia de la causa o causas para la producción del efecto, limita los excesos de la equivalencia de las condiciones a la necesidad, eficiencia e importancia, a la cual se llega mediante un análisis cualitativo.

La experiencia americana del derecho de daños nos puede ilustrar acerca de la causa eficiente de la siguiente manera:

*“Antes de que la cuestión de causación pueda ser puesta en conocimiento del jurado, existe una cuestión preliminar que debe abarcar el juez, y es si de acuerdo con la evidencia 12 personas honestas pueden encontrar la existencia de la relación causal. El juez debe decidir si el jurado puede encontrar razonablemente la causación; y si esto es así el jurado si encuentran una relación causal. El juez debe decidir si de acuerdo con la evidencia la relación causal puede ser inferida razonablemente el jurado debe decidir si de acuerdo con la evidencia, en caso de que la cuestión les sea concedida, la relación causal puede ser inferida por ellos. La cuestión de causación no llega al jurado a menos que el juez estime que las 12 personas puedan encontrar de una manera razonable que el hecho ilícito cometido por el demandado, al momento en que ocurrió el daño, tiene una causa eficiente y no un mero antecedente factico. Esta facultad del juez, si es debidamente ejercida, disminuye materialmente el peligro de que exista un resultado injusto en lo relacionado con la causalidad. Y esta facultad es supremamente*

*importante en casos en los cuales la comisión del hecho ilícito es remoto en el tiempo o espacio al momento en el cual ocurre el daño<sup>77</sup>.*

En conclusión esta teoría aduce que *“no basta comprobar que un hecho ha sido antecedente de otro para que sea su causa eficiente: para ello es necesario que tenga, por sí, la virtualidad de producir semejante resultado<sup>78</sup>”*.

Con todo existen fuertes críticas a esta elaboración en cuanto:

- a) Puede haber lugar a otras condiciones que tengan la virtualidad de causas, por lo tanto, debe hacerse una valoración y ver todas esas condiciones en conjunto para ver en realidad cual fue la causa que produjo el daño.
- b) Radicar en el juez a su arbitrio de escoger cuál de las causas fue la más activa o la más eficaz, para así determinar cuál fue la que en realidad produjo el daño reviste un enorme riesgo de subjetividad.

#### 2.7.4. TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

En esta teoría tiene dentro de sus componentes conceptuales el riesgo permitido en razón a que cada sujeto tiene un rol en la sociedad dentro de la frontera de un riesgo permitido, cuyo rebaso puede conducir a la concreción de un riesgo jurídicamente desaprobado, circunstancia que da lugar a la imputación al sujeto comitente de la infracción jurídicamente relevante.

A través de esta teoría se mira el riesgo como fundamento de la conducta y la imputación. Lo más importante es determinar el rol que cumple la persona en la sociedad, adicionalmente tener en cuenta la posición de garante y el principio

---

<sup>77</sup> JEREMIAH, Smith. “Legal Cause in Actions of Tort. [concluded]” en *Harvard Law Review* 25.4 (1912): 303–327. Pág 306.

<sup>78</sup> LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Tratado de derecho civil*, t. II, op. Cit. pág. 342.

de confianza que tienen todas las personas, aunado al fin de protección de la norma.

En tal sentido, la teoría de la imputación objetiva finca su concepto en las nociones de riesgo permitido, posición de garante, principio de confianza y fin de protección de la norma.

La concepción de la Imputación Objetiva entiende que un resultado o evento jurídicamente relevante sólo será imputado objetivamente en la medida que ha ocurrido el riesgo que jurídicamente se encuentra prohibido crear al agente. Así las cosas, un resultado debe imputarse al autor en cuanto sea verificado que con su acción fue incrementado el nivel de riesgo permitido, y se ha concretado en la causación de un evento dañoso o circunstancia jurídicamente relevante que merece ser considerada en el ámbito de la responsabilidad.

La mayor evolución del planteamiento ha residido en el Derecho Penal, del cual se ha dado cuenta de esta elaboración en los siguientes términos:

*“(...) Los criterios de esta teoría indudablemente descansan sobre el sistema funcionalista teleológico del Derecho Penal, que es una tendencia doctrinaria que está en contradicción con el sistema neoclásico o finalista creado por Hans Welzel. La corriente funcionalista ataca fundamentalmente al punto de partida del finalismo, porque según ellos, es decir según su creador fundamental, Claus Roxin, la formación del sistema jurídico penal no puede vincularse a realidades ontológicas previas “acción, causalidad, estructuras lógico - objetivas, etc”. Indiscutiblemente la Teoría de la Imputación Objetiva representa en la actualidad una gran transformación en la Teoría del Delito, especialmente en el marco de la tipicidad. El objeto de esta moderna doctrina es la configuración del nexo objetivo que ha de existir entre acción y resultado para que pueda confirmarse la responsabilidad del autor por la lesión del bien jurídico protegido. Nace no solo como un intento de resolver problemas surgidos en el marco del nexo entre*

*acción y resultado, sino que pretende dar fin a los problemas de la causalidad, pero en el ámbito del injusto penal. Según Esteban Righi, es una teoría que anticipa juicios de antijuridicidad, ya que: A) es un juicio de imputación que supone atribuir normativamente el resultado al autor; B) es objetivo, porque prescinde de todo dato subjetivo (como el conocimiento del autor”<sup>79</sup>.*

La teoría de la imputación objetiva que no se ocupa de los fenómenos causales, sino que se erige como postulado según el cual la infracción normativa o la regla de derecho infringida, determina la responsabilidad. En consecuencia, si no existe trasgresión a los postulados de derecho establecidos por las partes en los contratos o por las normas generales en sede aquiliana, no hay lugar a declarar la responsabilidad, ya que se considera que el resultado producido no tuvo como fundamento el incumplimiento.

Al respecto de esta teoría el Consejo de Estado ha establecido lo siguiente:

*“En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio —simple, presunta y probada—; daño especial —desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal—; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado.*

*(...)*

*Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la*

---

<sup>79</sup> LOOR FRANCO, Eduardo. *Estudio de la teoría de la imputación objetiva en derecho penal*, Universidad Católica de Guayaquil, publicado en Revista Jurídica Online, bajo link [http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=754](http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=754) Se recomienda la lectura de RUEDA MARTÍN, María Ángeles. *La Teoría de la Imputación Objetiva del Resultado en el Delito doloso de Acción*, Barcelona: Bosch, 2001 P. 43.

*atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las 'estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas. En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva, título autónomo que 'parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones'. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la 'atribución', lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de 'cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta'.<sup>80</sup>*

En tal sentido, es pertinente indicar que se ha construido una sólida doctrina jurisprudencial en la cual es la teoría de la imputación objetiva la que mejor logra dar cuenta sobre los aspectos relacionados con la responsabilidad extracontractual del Estado, no obstante, conviene destacar que fue al interior de la Corte Constitucional y en particular a través de la sentencia SU- 1184 de 2001 en la cual la teoría de la imputación objetiva en la modalidad de posición de garante se extendió de manera amplia al derecho público, en tal sentido dicha sentencia indicó lo siguiente:

*"Si alguien tiene deberes de seguridad en el tráfico, lo **trascendente para la imputación** es si esa persona desplegó deberes de diligencia para evitar que el peligro creado no excediera los límites de lo prohibido. Si se es garante, **no interesa si el sujeto originó un curso causal** (acción) o no impidió el desarrollo del mismo (omisión), **sino, si ha cumplido con los deberes de seguridad** que le impone el ejercicio de una actividad peligrosa" (destacado propio).*

---

<sup>80</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Proceso 20144, Fallo del 19 de agosto de 2011. Consejero ponente Jaime Orlando Santofimio-Gamboa.

A su turno el Consejo de Estado desde el año 2007<sup>81</sup> ha atribuido responsabilidad del Estado con fundamento en la teoría de la imputación objetiva al respecto dicha sentencia consideró:

*“Por posición de garante debe entenderse aquella situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho”*

Igualmente, en sentencia de 2015<sup>82</sup> el Consejo de Estado de manera dicente ratificó lo que había sostenido en fallos anteriores<sup>83</sup> en los siguientes términos:

*“En este orden de ideas, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptarlas decisiones”. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción”*

En efecto, dado las limitaciones de las teorías meramente causalistas el H. Consejo de Estado ha utilizado una serie de instrumentos originarios de la teoría de la imputación objetiva en materia penal, y adaptándolos al contexto de la responsabilidad estatal, *“(v. gr., el incremento del riesgo permitido, la posición de garante, el principio de confianza, la prohibición de regreso, etc.) dirigidos a establecer cuándo determinado resultado es imputable a un sujeto.”*<sup>84</sup>

---

<sup>81</sup> Consejo de estado 4 de octubre de 2 007, expediente No. 15 567. Consejero Ponente Enrique Gil Botero.

<sup>82</sup> Consejo de estado veintiséis 26 de febrero de dos mil quince (2015) Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>83</sup> Consejo de estado sentencia doce 12 de noviembre de dos mil catorce 2014. consejero ponente Jaime Orlado Santofimio Gamboa.

<sup>84</sup> Op cit.

La teoría de la imputación, se basa en una premisa simple: *“Un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto.”*<sup>85</sup>

A pesar de ser una teoría plenamente reconocida y aceptada por la gran mayoría de doctrinantes y jueces dentro de la comunidad jurídica moderna, esta teoría encuentra varios detractores que no se han dado a la espera para dar a conocer las críticas que le plantean a la misma, es así como a continuación se recogerán las principales objeciones que se han planteado desde la academia a la teoría de la imputación objetiva:

En tal sentido, algún sector de la doctrina ha indicado que la teoría de la imputación objetiva es insuficiente para explicar y atribuir responsabilidad en eventos sobre determinación causal, tales como causalidad alternativa<sup>86</sup>, sea cuando se presentan pluralidad de causantes del daño o pluralidad de víctimas. Recordemos que la causalidad alternativa ocupa en la actualidad la atención de los estudiosos de la responsabilidad civil<sup>87</sup> a nivel mundial, la misma se presenta cuando existe una pluralidad de actividades, pero se duda cuál de ellas es la produjo el daño, o cuando existe pluralidad de víctimas y es dudoso que una actividad haya causado el daño a una víctima concreta, pero es probable que lo haya causado a todas<sup>88</sup>.

En tal sentido, la imputación objetiva no puede establecer cuál agente causó el daño, para atribuir la responsabilidad, en razón a que no existe certeza de cuál infringió por ejemplo el riesgo permitido, o el deber de cuidado, e incluso el fin

---

<sup>85</sup> ROXIN, Claus, *Derecho Penal-Parte General-Tomo I- Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, pág. 363.

<sup>86</sup> El nexos causal en la responsabilidad civil en Derecho de las obligaciones tomo II, vol. I, 332, universidad de los andes, Cor académica Marcela Castro. 2010.

<sup>87</sup> En tal sentido, está el grupo europeo de derecho de daños el cual está conformado por los más reconocidos expositores sobre Derecho de daños a nivel mundial, entre los que se destacan *martin casals, ulrich magnus, jaap spier*, quienes han contribuido en la elaboración de un notable trabajo titulado Principios Europeos de la Responsabilidad Civil.

<sup>88</sup> Art 3:102 principios generales de la responsabilidad civil. Ed Arazadi, 2008.

protector de la norma, y la intensidad del daño sufrido por las víctimas, en tal sentido, iniciar el juicio de imputación a un agente en las condiciones descritas deviene en extremo injustificado.

De otra parte, la doctrina ha formulado sus críticas indicando que el fin de protección de la norma como criterio empleado en la teoría de la imputación objetiva, carece de científicidad al respecto “fin de protección de la norma lesionada’ se muestra bien como una variante no-fiable porque se ajusta de manera incorrecta—, bien como un aditamento jurídico insustancial”<sup>89</sup>, lo anterior, se presenta en razón a la carga de vaguedad que implica el fin de protección de una norma y al alcance que se le de a dicha finalidad por parte del operador judicial.

Del mismo modo, se encuentra el doctor Francisco Javier de Ahumada Ramos quien estima que el núcleo de la teoría de la imputación objetiva carece de fundamento jurídico-institucional alguno mostrando un carácter un tanto artificioso<sup>90</sup> y esto, se debe a que a su consideración no encuentra la justificación de que sea el aplicador del derecho quien niegue la *imputatio facti*, debido a la aplicación de criterios normativos sobre alguien, a quien previamente se le había catalogado como autor del daño.

Lo anterior, obedece a que autores como éste, consideran que cuando se está en presencia de la causalidad física no es razonable eximirse de responsabilidad por cuanto no pueda atribuirse jurídicamente el daño.

Por otra parte, se encuentran posturas de la doctrina refutando la teoría de la imputación objetiva y su aplicación bajo los postulados de Roxín. Bajo esta perspectiva, la crítica a la teoría de la imputación objetiva se fundamenta en está dada por la presencia de elementos subjetivos en el tipo objetivo. De esta manera, los doctrinantes fundamentan su crítica a la teoría de la imputación

---

<sup>89</sup> Tomado de “Fin de protección de la norma e imputación objetiva ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid. Pág. 6.

<sup>90</sup> Tomado de libro El régimen de responsabilidad objetiva Hugo andres arenas op. Cit, pág. 241

objetiva en la premisa de que los tipos objetivos y subjetivos deben ser estrictamente diferenciados y que para esta diferenciación existen criterios unívocos.<sup>91</sup>

Dentro de esta misma línea argumentativa, se encuentra Ulsenheimer, quien plantea que esta teoría encuentra dificultades a la hora de ponerla en práctica e incluso llegando a su imposibilidad al descubrir el aumento del riesgo o la misma medida de ese aumento.<sup>92</sup>

## 2.8. FUNCIONES DEL NEXO CAUSAL

El nexo causal no se erige caprichosamente en elemento estructurador de la responsabilidad, por cuanto le asisten una serie de funciones lógicas tanto en la atribución del daño al sujeto causante de aquel como en la entidad e intensidad de la reparación del daño. En ese sentido, pueden considerarse funciones del nexo causal las siguientes:

1. *Imputación de Daños a un agente como consecuencia de su accionar*. El nexo causal permite la atribución jurídica del daño, en tanto, una vez establecida la causa se atribuyen jurídicamente los daños al agente causante, y, acto seguido, es palmario analizar el fundamento, si dicho agente actuó con culpa o dolo, si la inclinación a seguir se levanta en el régimen de responsabilidad subjetiva, o, si la simple realización del riesgo es suficiente para endilgar responsabilidad, bajo la óptica de un régimen objetivo.

En este punto conviene reflexionarse, si los términos Causalidad e Imputación son equivalentes o diversos. La respuesta depende de cómo se entiendan una

---

<sup>91</sup> STRUENSEE, Eberhard: "Acerca de la Legitimación de la Imputación Objetiva, como categoría complementaria del Tipo Objetivo", p. 768. En: Revista Peruana de Ciencias Penales N° 6.

y otra figuras; en últimas la cuestión se define por el plano puramente terminológico.

En verdad, como dijimos en su oportunidad, la causalidad (*imputatio facti*) pertenece a la esfera de lo ontológico, como un fenómeno natural, mientras que, la imputación (*imputatio iuris*) se identifica con un factor valorativo que pertenece a la esfera de lo prescriptivo que se emplea para atribuir responsabilidad. Sus funciones son diversas; en cuando la causalidad responde a la pregunta de quién causó el daño la imputación responde a la inquietud de quién debe responder por dicho daño. Recuérdese como causalidad e imputación en muchos casos confluyen, aunque no necesariamente, porque bien puede existir causalidad sin imputación y viceversa.

2. *Determinar la reparación del daño*: Las teorizaciones acerca de la causalidad, en especial, aquellas de la causalidad adecuada, causa próxima y causa eficiente han permitido el desarrollo de esta función al limitarla cadena causal y por ende delimitar hasta donde debe responder un sujeto por su conducta.

Sobre este punto, la causalidad permite limitar el tema de los llamados daños en cascada, esto es, de aquellos daños consecuentes, concurrentes y derivados de la ocurrencia del evento dañino. Un ejemplo en la doctrina ilustra el particular: si un agricultor compra una vaca que deviene enferma y contagia otras vacas del mismo agricultor porque el vendedor de la vaca le ocultó a aquél agricultor la enfermedad del animal.

Por atender a las vacas enfermas, el agricultor descuida la cosecha y esta se pierde, cae en la ruina y sus acreedores le secuestran sus bienes. A ello se pregunta, si de los daños narrados habrá de responder el vendedor de la vaca habrá de responder por todos ellos o hasta donde le corresponde hacerlo. Para solucionar la cuestión, se han propuesto los llamados criterios limitativos de responsabilidad, que son los siguientes:

a) *Criterio Subjetivo*: Según los postulados de Domat y Pothier, y siguiendo las líneas de la Teoría Subjetiva de responsabilidad o de la culpa, en el caso de la responsabilidad contractual, cuando se presenta un incumplimiento, debe este de este hecho diferenciarse si dicho incumplimiento es doloso o culposo.

En el primer caso, si se debe a Dolo, el deudor habrá de responder no solo por los daños intrínsecos, las consecuencias inmediatas de sus actos, o, aquellos que generalmente van a ocurrir cuando se va a producir un resultado: el resultado directo de esa acción originaria (las consecuencias de normal producción con ese acto y a efecto necesario y lógico), sino también por los daños extrínsecos, es decir, aquellos daños que no se han previsto, ni se han podido prever al tiempo de la celebración del contrato que tienen relación con otros.

En el segundo caso, cuando el incumplimiento es culposo, tan solo habrá de responder el deudor por los daños previstos o los que pudieron preverse al tiempo del contrato. Al respecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia que:

*El incumplimiento de un contratante hace o puede hacer responsable al contratante incumplido, en todo o en parte, de los perjuicios directos que aquel incumplimiento ocasione al otro contratante y por estos debe entenderse los que constituyen una consecuencia natural o inmediata del incumplimiento, hasta el punto de mirárseles como su efecto necesario y lógico. Esos perjuicios directos se clasifican, y nuestra ley no ajena a esa clasificación, en previstos e imprevistos, construyendo los primeros aquellos que se previenen o que pudieron ser previstos al tiempo de celebrarse el contrato, y los segundos, aquellos que las partes no han previsto o no han podido prever en ese momento. De los primeros solo es responsable del deudor cuando no se le puede imputar dolo en el incumplimiento por parte de sus obligaciones, y de estos y de los segundos, es decir, tanto de los previstos como de los imprevistos, es responsable el deudor,*

*cuando hay dolo de su parte*<sup>93</sup>.

- b) *Criterio del Status Quo o de la Reparación integral*: Según esta teoría no hay lugar a la observancia de las consecuencias mediatas e inmediatas promulgadas por el criterio subjetivo, sino que, ha de observarse la situación de la víctima del daño antes y después de su producción, para buscar de este modo reparar el daño inferido, reparación integral, con el fin último de colocar a la víctima en una situación igual a la que ésta ostentaba antes de la producción del daño.

El profesor Juan Carlos Henao nos ilustra mejor sobre este asunto:

*“Definición personal de reparación. Con las precisiones anteriores, me permito definir 'reparación' de la siguiente forma: es la manera como el responsable cumple la obligación de reparar asegurando a la víctima el retorno al status quo ante al acaecimiento del daño.*

*Las ventajas de una definición amplia de reparación. La definición que acaba de presentarse permite ubicar la noción de tal manera que en ella quepan todas las formas de retorno al status quo ante.*

*El punto es de importancia, porque permite corroborar que "toda lesión a un interés lícito es un daño reparable y [que] el conjunto de daños reparables se somete al mismo régimen", lo cual implica, por lo demás, que "ninguna rama del derecho puede existir sin reparación". Uniendo las dos citas precedentes, se puede decir que en toda rama del derecho se deben predicar las reglas generales utilizadas para reparar, lo cual constituye el hilo conductor del presente escrito. Esta concepción es quizás más cercana de la noción de remedy del derecho anglosajón que de aquella restrictiva de reparación en Europa. En efecto,*

---

<sup>93</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria, G.J. t LIX. Pag.748 citado en CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia nueve (9) de diciembre de dos mil diez (2010), M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

*... la noción inglesa de remedy es una noción más amplia que aquella de reparación, como es entendida habitualmente en Francia. Para iniciar, se trata de una noción transversal aplicable tanto a responsabilidad contractual como extracon-tractual. Además, esta noción trasciende otra división tradicional del derecho inglés que es la división entre law y equity. El derecho inglés dispone de gran variedad de remedies que se subdividen en equitable y legal remedie, compuesto cada grupo de diversas formas de reparar que van de las más clásicas, como damages o specific performance, hasta las más originales, como la creación de fiducias. Finalmente, mientras que en Francia la noción de reparación se limita al daño consumado, los remedies ingleses tienen no solo función de reparación sino también de prevención o de protección. Por esta vía se encuentran no solo la medida de reparación pecuniaria o la reparación por equivalente, sino medidas como el derecho de retención en materia contractual o el conjunto de medidas cautelares.*

*Se trata entonces de asimilar la concepción amplia de reparación que predicamos en este escrito con la noción de remedy anglosajona, lo cual permite retomar lo dicho cuando se estudió la definición de daño, en el sentido de que gracias a la noción expuesta de reparación será posible concebir dicho término para las situaciones en las cuales el daño se presenta bajo la faceta de la alteración de su goce pacífico sin que aún se haya iniciado la consumación de la lesión del derecho, respecto de todas las hipótesis de daños colectivos y de daños individuales; y, finalmente, hace posible concebir que la reparación se encuentra lejos de estar limitada a la meramente pecuniaria.<sup>94</sup>”*

- c) *Criterio de la Evitabilidad:* Por virtud de este criterio no debe reparar el acreedor el daño que este hubiera podido reparar tomando todas las medidas diligentes y necesarias para evitar que éste –el daño- se concrete.

---

<sup>94</sup> HENAO, Juan Carlos. "Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 28, enero-junio de 2015, pp. 277-366. DOI: 10.18601/01234366.n28.10

El doctrinante español Rubén Acevedo ha dicho lo siguiente al respecto:

*“En los juicios de previsibilidad y de evitabilidad según el Artículo 1.105 del CCE la imputación subjetiva está sujeta a un juicio de previsibilidad y de evitabilidad. Así, encontramos en la doctrina española que “La culpa consiste en no prever lo que el estándar exigía y, por ello, sólo hay culpa si el daño fue previsible” (Ruda González, 2008). Juicio de previsibilidad es aquel que pregunta si el sujeto que ocasionó el daño pudo prever o no las consecuencias de su conducta activa u omisiva. Se le exigirá al agente una previsión basada en las reglas de la experiencia humana ordinaria, aplicando así la razonabilidad a circunstancias determinadas (Díez-Picazo, 1999); el juicio de previsibilidad determina la intensidad del elemento subjetivo y además la cuantía del daño resarcible (Reglero Campos, 2006). La culpa abarca diferentes circunstancias que dependerán del caso en concreto para su análisis. La actividad industrial, empresarial o profesional exige en algunos casos el empleo de normas o reglamentos y su incumplimiento puede ser considerado como falta de diligencia en prevenir o evitar daños.*

*El Artículo 1.105 CCE exige además, aparte de la previsibilidad a la imputación subjetiva o culpa, una evitabilidad que previsto un posible resultado dañino para un tercero derivado de su conducta activa u omisiva, el sujeto no empleó todos los medios posibles para evitarlo. Reglero Campos (2006) afirma que el test de previsibilidad es anterior al test de evitabilidad. Según el primero, no habrá culpa cuando la previsión no va acompañada de la posibilidad de evitar el resultado dañoso. Es así como de la lectura del Artículo 1105 del CCE manifiesta un régimen de exclusión de responsabilidad determinando en que el agente no responderá ante sucesos*

*imprevisibles aplicando las reglas de la experiencia humana ordinaria y sucesos previstos que fueran inevitables.<sup>95</sup>”*

## 2.9. CAUSALIDAD FISICA Y CAUSALIDAD JURIDICA

Generalmente, se entiende por causalidad, el “conjunto de condiciones sine qua non para que ese ser o ese acontecimiento se produzca<sup>96</sup>”. Sin embargo, debemos ocuparnos de la causalidad para los efectos jurídicos. Así pues, de distinguen dos tipos de causalidad; causalidad física y causalidad jurídica.

Sobre este aspecto dual de la causalidad Michael Moore ha dicho lo siguiente al respecto:

*“La sabiduría popular acerca de la exigencia de causalidad, tanto en derecho penal como en derecho de daños, es que ella consiste en realidad en dos exigencias muy distintas. La primera es la de la causalidad física. Se dice que, de las dos exigencias del derecho presentadas en términos causales, ella es la verdaderamente causal, porque adopta la noción de causalidad que se considera científica. Si el fumar causa cáncer o si la presencia de hidrógeno o helio causó una explosión, son preguntas fácticas que deben resolverse a través de la mejor ciencia que los tribunales puedan conseguir. Por el contrario, de la segunda exigencia, la de la causalidad próxima o jurídica, se dice que en una cuestión valorativa, que debe ser resuelta con argumentos vinculados con las políticas, y no con las ciencias fácticas. Supóngase que un agente ha acuchillado a su víctima, y ella muere más tarde porque sus convicciones religiosas le imponen rechazar un tratamiento médico. Ese agente, ¿le ha causado (jurídicamente) la muerte? Se dice que la respuesta a preguntas como esa, dependen de las políticas que subyacen a la*

---

<sup>95</sup> ACEVEDO PRADA, Rubén. D. (2013). “Una mirada a la responsabilidad civil española: el régimen subjetivo”. en: *Revista Guillermo de Ockham* 11(2). pp. 79-88. Pág. 84

<sup>96</sup> ORGAZ Alfredo, *El daño Resarcible (Actos Ilícitos)*, Depalma, Buenos aires 1952. pág. 61.

*responsabilidad, y no de cuestiones fácticas: fácticamente, según se cree, no hay duda de que el apuñalamiento causó su muerte.<sup>97</sup>*

Muchas veces cuando se presenta causalidad física, se da también la causalidad jurídica, pero no siempre es así, pues muchas veces no es posible establecer una causalidad física, y la confluencia de las dos no se da, creando así, una incertidumbre en el nexo causal. De esta forma lo ha planteado también la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia:

*Sin embargo, no siempre la causalidad física coincide con la causalidad jurídica, toda vez que en el campo del derecho la cadena causal no se toma en su estricto sentido naturalista, sino que se encuentra impregnada de una serie de valores culturales que permiten escoger, de entre una serie de hechos, sólo aquéllos que resultan verdaderamente relevantes para endilgar responsabilidad; de ahí que se hable de una causalidad adecuada.<sup>98</sup>*

La causalidad en sentido físico responde a la relación evidente entre una conducta y el resultado o hecho dañoso que esta conducta *causa*. De esta manera se establece que la causante de tal daño es tal conducta. Esto genera una claridad de tal magnitud que no da paso a ningún equivoco sobre el nexo entre la conducta y el resultado es decir, el nexo causal, pues esta se presenta claro y es fácilmente verificable. No hay, por lo antes dicho, una ruptura en el nexo ya que la conducta lleva de manera directa a la resulta de un hecho.

Un ejemplo de esto es el caso de un agente X que arrolla a un Peatón Z, quien de manera inmediata muere *a causa* de la conducta del agente X. Por lo tanto la muerte de Z es atribuida a *la conducta* de X. Se presenta de esta manera porque se está evaluando la causalidad como factor de atribución de que la conducta del agente derivo en la causación del daño.

---

<sup>97</sup> Moore, Michael, *Causalidad y responsabilidad*, Editorial Marcial Pons, Colección filosofía y derecho, Madrid, 2011. Pág. 140.

<sup>98</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia catorce (14) de diciembre de dos mil doce (2012), Expediente 11001-31-03-028-2002-00188-01, M.P. Ariel Salazar Mejía.

En los casos en los que hay causalidad física, es fácil establecer el nexo causal; la actividad del juzgador es de observación y de lógica deductiva. Primero se debe apreciar que a causa de un fenómeno físico se generó; en segundo lugar, se aplica un razonamiento deductivo.

Entonces, toda vez que ya se ha agotado la actividad probatoria como mera verificación y para sustentar su decisión bajo el entendido de que la actividad judicial siempre debe estar inspirada por la razonabilidad, entendiendo como razonable la existencia de justificación de la decisión tomada en el caso específico<sup>99</sup> acerca del *por qué* en el caso concreto, el juez debe imputarle la generación de un daño a un agente debido a una conducta suya.

Así también lo entiende la Corte Suprema de Justicia al afirmar que *“para arribar a su decisión, el funcionario judicial debe pasar por dos momentos: un contexto de descubrimiento y otro de justificación”*.<sup>100</sup> El silogismo que tendría que utilizar el juzgador sería el siguiente:

- a) un sujeto X atropella a un sujeto Z
- b) Z sufre una afectación sobre su vida
- c) La conducta de X afectó a Z

Posterior a establecer que la conducta resulta en una afectación, se le imputa a la conducta ese resultado; la conducta de X es la responsable de la afectación de Z.

Puede existir incluso bajo el supuesto de la existencia de una causalidad material, unas dificultades probatorias propias de la actividad o conducta que

---

<sup>99</sup> ATIENZA Manuel, *Las Razones Del Derecho: Teoría de la Argumentación Jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, No. 334, Universidad Autónoma de México, México D.F.: 2007.

<sup>100</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTITICIA, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia catorce de diciembre de dos mil doce, Expediente 11001-31-03-028-2002-00188-01, M.P. Ariel Salazar Mejía.

generó el daño, sin perjuicio que no se pueda definir el nexo causal en principio con precisión. Un claro ejemplo de esto son los casos de responsabilidad médica; en principio a la víctima, en este caso al paciente, es a quien le corresponde probar que en virtud de una intervención quirúrgica o tratamiento, sufrió una afectación sobre su vida, pero por los conocimientos técnicos, corresponde al médico probar que el respetó la *lex artis* en la realización de la intervención o tratamiento, entonces solo le bastaría al paciente demostrar que justo después de la intervención o procedimiento médico vio un detrimento o deterioro en su vida, que en este caso sería el bien jurídico tutelado y no corresponde necesariamente a una afectación patrimonial.

Como es evidente en el caso anterior, subyace una dificultad probatoria en virtud de la existencia de la *lex artis*, más no una ruptura del nexo causal, pues la actividad del profesional deriva en el deterioro de la vida del paciente. De esta manera lo ha venido entendiendo la Corte Suprema de Justicia cuando habla de conocimientos técnicos especiales:

*Quando de asuntos técnicos se trata, no es el sentido común o las reglas de la vida los criterios que exclusivamente deben orientar la labor de búsqueda de la causa jurídica adecuada, dado que no proporcionan elementos de juicio en vista del conocimiento especial que se necesita, por lo que a no dudarlo cobra especial importancia la dilucidación técnica que brinde al proceso esos elementos propios de la ciencia –no conocidos por el común de las personas y de suyo sólo familiar en menor o mayor medida a aquéllos que la practican– y que a fin de cuentas dan, con carácter general las pautas que ha de tener en cuenta el juez para atribuir a un antecedente la categoría jurídica de causa. En otras palabras, un dictamen pericial, un documento técnico científico o un testimonio de la misma índole, entre otras pruebas, podrán ilustrar al juez sobre las reglas técnicas que la ciencia de que se trate tenga decantadas en relación con la causa probable o cierta de la producción del daño que se investiga. Así, con base en la información suministrada, podrá el juez, ahora sí aplicando las reglas de la experiencia común y las propias de la*

*ciencia, dilucidar con mayor margen de certeza si uno o varios antecedentes son causas o, como decían los escolásticos, meras condiciones que coadyuvan pero no ocasionan (...)*<sup>101</sup>

En este orden de ideas, se pone de manifiesto el problema se genera cuando se utiliza la causalidad material para imputarle un daño a un agente debido a su conducta. La causalidad material no es suficiente para dilucidar el nexo causal debido a que en ocasiones la causalidad desde un punto de vista fenomenológico es difícil de apreciar o es inexistente, como ocurren los dos supuestos en procesos de responsabilidad médica.

Esto es diferente cuando no se encuentra una causalidad material sino jurídica por ausencia o indeterminación de la conducta causante del daño. La causalidad jurídica hace referencia a que el hecho dañoso le es jurídicamente imputable al actor y no es necesario así que exista una causalidad material de por medio. No es obligatorio que en un determinado caso concorra tanto la causalidad material o física como la causalidad jurídica pues para que exista nexo causal solo es menester que se dé la causalidad jurídica.

Tal como lo dice Javier Tamayo Jaramillo<sup>102</sup> cuando enuncia que puede existir causalidad jurídica por la omisión de un deber u obligación por parte de un agente. Sin embargo esto no deriva en la inexistencia del nexo causal, sino que exista una ruptura del nexo causal que debe ser develada y la inexistencia de una causalidad material o física en tanto que no hay una producción material del hecho que genera el daño o la producción material del daño está en manos de un tercero que obro de tal forma por la ausencia o indeterminación de una conducta que de haberse presentado de diferente manera o simplemente de haberse presentado, hubiese sido diferente el resultado.

---

<sup>101</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia Expediente 6878, veintiséis (26) de septiembre de dos mil dos (2002), M.P. Jorge Santos Ballesteros.

<sup>102</sup> TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo I, Bogotá D.C.: Legis, 2007, pág. 248.

Un hecho puede generar un determinado daño, pero desde un punto de vista jurídico este daño exclusivamente se le puede imputar al agente si existía un deber contractual o legal en virtud del cual el agente debió haber realizado una conducta o abstenerse de hacerla y que como consecuencia de ello se generó el daño.

Aunque anteriormente se había precisado que la culpabilidad y la causalidad son lo mismo, y que, si bien primero debe identificarse la *causalidad*, en los casos en los que hay una ruptura o indeterminación porque no hay una realización material de la conducta, dando paso a la posibilidad de que solo exista una *causalidad jurídica*, para que esta se concrete y se le dé claridad al nexo causal, es necesario invertir el orden y primero determinar la *culpabilidad*.

Si un agente de tránsito A, omite mostrar la señal de pare en una avenida a B y B arrolla a C porque B confió legítimamente en que tenía el paso según la conducta de A, y C al mismo tiempo tenía la legítima creencia de que podía cruzar la avenida, según la conducta mostrada por A, es claro que la culpa es del agente de tránsito A pero nos preguntamos sobre cual conducta recae la causalidad del daño que sufre C, Al no existir una causalidad material entre A y C cabe la duda.

Sin embargo, esto no deriva en la no existencia de un nexo causal. Simplemente hay inexistencia de causalidad material, por lo cual se debe evaluar desde la causalidad jurídica, en este caso la causalidad jurídica sería la *omisión del deber* del agente de tránsito A, que en dicha ausencia de conducta ocasiona un daño a C a través de la conducta de B, por lo que al momento de analizar las conductas y los eventos que ocasionaron el daño, entre la conducta de B y el daño a C existiría una causalidad física más no jurídica en cuanto a la conducta de B es resultado de la omisión del agente A y en este evento se daría la existencia de una causalidad jurídica que permite que el daño le sea imputado al agente A.

Con base en lo anterior y centrándonos en el objetivo del presente acápite, debe entenderse que la pérdida de la oportunidad es una teoría especial de causalidad desde un punto de vista jurídico en virtud de la cual se permite dilucidar el nexo causal cuando éste jurídico y fenomenológicamente es difuso pues existe una incertidumbre respecto a la causación de un eventual daño a partir de la conducta del agente (entiéndase que puede ser en su fase activa como omisiva). Esta teoría partirá de la base de que no existe certeza de que la conducta de un agente ocasiono un daño cierto. Sobre esto volveremos más adelante.

## 2.10. LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD COMO TEORÍA DE CAUSALIDAD

La pérdida de la oportunidad es una institución jurídica que se presenta cuando la relación entre el hecho del agente y el daño no es de correspondencia directa, es decir, cuando el nexo causal se torna difuso; y es en este escenario donde se convierte en una herramienta que permite aclarar o presumir a partir de un cálculo de probabilidades que tal relación de correspondencia es directa. Dando paso así a que opere la reparación.

La pérdida de la oportunidad es una teoría especial de la causalidad que se aplica cuando el nexo de causalidad es difuso y por consiguiente no es posible predicar de éste una relación de correspondencia directa entre el hecho ilícito y el daño; al respecto *“la pérdida de la oportunidad o chance es una técnica a la que se acuda en el ámbito de la responsabilidad civil contractual (y extracontractual) de los particulares (y de la Administración) para salvar las dificultades de prueba del nexo causal”*<sup>103</sup>

Cuando se habla de pérdida de la oportunidad, se debe entender como una posibilidad que se desvaneció, es decir, es la mera probabilidad de que se

---

<sup>103</sup> MEDINA ALCOZ, Luis, *Hacia una nueva teoría de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de las oportunidades*. Revista de responsabilidad civil y seguro de la Universidad Complutense de Madrid. 2007, Madrid.

hubiera dado un eventual daño. Con el fin de ofrecer una mayor comprensión de lo anterior, valgámonos de un ejemplo.

Se realiza un sorteo que ofrece como premio un carro, en dicho sorteo se ingresan todas las boletas que adquirieron los interesados en una caja, posteriormente se extrae la boleta ganadora y se entrega el premio. Sin embargo, tiempo después se conoce que el organizador del sorteo dejó de ingresar una de las boletas para que participarán en el sorteo. Por esta razón se demanda al organizador para indemnice la totalidad del premio a quien se vio afectado porque su boleta no participó en el sorteo.

En este evento, se observa que la pérdida de la oportunidad no es el daño en sí mismo pues para ser catalogado como daño debe generarse un estado de alteración a un interés jurídicamente tutelado, y en lugar de ello el interés jurídico que se vulneraría sería la frustración a la ventaja patrimonial de obtener el premio. Pero tal daño, solo se vuelve cierto cuando existe una posibilidad considerable que permite presumir que ese daño si se ocasionó debido a la conducta del agente, en este caso dicha posibilidad es la oportunidad que tenía la víctima de obtener el premio al momento de que su respectiva boleta participara en el sorteo.

Es decir, la frustración de la esperanza o pérdida del chance u oportunidad es la mera posibilidad de que dicho daño se hubiera generado. No se puede afirmar que la conducta del agente (excluir una boleta) *per se* ocasionó de manera directa que la víctima sufriera un daño (dejar de recibir el premio), es decir, no puede demostrarse que el nexo causal es expreso.

La teoría de la pérdida de la oportunidad al hacer referencia a una teoría especial que permite establecer el nexo de causalidad, es una valoración que le corresponde efectuar al juez toda vez que la pérdida de la oportunidad no es un hecho en sí misma ya que no comparte una alteración física de las cosas, sino que es una inferencia lógica que se da en la mente del juzgador para

relacionar una conducta (hecho) con un daño). Al respecto, según el profesor Martín Bermúdez Muñoz:

*“(…) una cosa son los hechos que deben ser probados (el hecho y el daño) y otra cosa son la causalidad y la culpa que corresponden a valoraciones del juez, a quien le corresponde pronunciarse acerca de si ese hecho fue el que causó el daño y si quien lo causó obró diligente o negligentemente.”<sup>104</sup>*

El punto central de la discusión se enfoca en determinar si por la conducta del agente realmente se generó ese eventual daño y si así fue poder imputarle tal daño al autor de ese hecho ilícito. En este orden de ideas, la pérdida de la probabilidad se esgrime como una teoría especial de causalidad que permite imputarle un eventual daño a alguien cuando ese nexo causal no es fácil de demostrar.

Al respecto afirman los profesores Yong y Rodríguez:

*“Así, dejando a un lado la teoría ontológica y con fundamento en la doctrina de la causalidad probabilística, ven la pérdida de una oportunidad no como la afectación de un bien en sí diferente del perjuicio final, sino como un sistema alternativo de imputación, válido para casos de incertidumbre causal”<sup>105</sup>.*

La doctrina en general y la jurisprudencia nacional han señalado una posición predominante que gira entorno a la pérdida de la oportunidad como un criterio autónomo de daño. No obstante, en la sentencia del 9 de septiembre de 2010 de la Corte Suprema de Justicia con ponencia del Magistrado William Namén se afirma que ulteriormente se ha abierto camino la tesis que pregona a la

---

<sup>104</sup> BERMÚDEZ MUÑOZ, Martín. *Del dictamen judicial al dictamen de parte*. Ed: Net educativa. Bogotá D.C. 2013. pág. 34.

<sup>105</sup> YONG, Samuel y RODRÍGUEZ YONG, Camilo *La pérdida de la oportunidad* Revista virtual vía Inveniendi Et Iudicandi de la Universidad Santo Tomás. Edición 12, Vol. 6, No 2, julio – Diciembre 2011. Bogotá D.C., Colombia.

pérdida de la oportunidad como una teoría que permite aclarar el nexo de causalidad que en principio no lo era; al respecto:

*“En tiempos recientes, 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, evitando por un lado, la injusticia de no repararlo, y por otro lado, la reparación plena cuando no hay certeza absoluta sino la probabilidad razonable respecto a que un determinado evento, hecho o comportamiento pudo o no”<sup>106</sup>*

El fragmento anterior, sin lugar a dudas se convierte en un precedente hito en el ordenamiento jurídico colombiano porque por un lado muestra que esta institución jurídica se da en presencia de una incertidumbre causal de un eventual daño; y, por otro lado, y quizás el más importante, da una luz sobre el objetivo de esta institución, que es facilitar que se dé una reparación de carácter integral.

Según el profesor Medina Alcoz, la pérdida de la oportunidad para que sea aplicable es necesario que exista una incertidumbre causal estricta, irreversible e intrínseca<sup>107</sup>. Es estricta porque tal incertidumbre debe superar un umbral mínimo de probabilidad que permite abordar la seriedad de dicha probabilidad y no debe superar un umbral máximo porque se podría presumir la causación de un daño cierto. Debe ser irreversible porque la incertidumbre no puede sanearse con posterioridad estableciendo así la certeza del daño; *“la pérdida de la oportunidad es una chance inexorablemente sacrificada”<sup>108</sup>* dado que con el hecho dañoso el agente ha cercenado definitivamente la oportunidad que tenía la víctima e obtener a ventaja patrimonial o evitar una pérdida. Y es intrínseca porque la causa es ajena a la víctima.

---

<sup>106</sup> Expediente 17042-3103-001-2005-00103-01

<sup>107</sup> MEDINA ALCOZ, Luis, *Hacia una nueva teoría de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de las oportunidades*. Revista de responsabilidad civil y seguro de la Universidad Complutense de Madrid. 2007, Madrid

<sup>108</sup> TRIMARCHI BANFI, F, *tutela specifica e tutela risarcitorio degli interessi legittimi*. Utet, Torino. 2000 pag. 75

Es menester precisar que si bien la pérdida de la oportunidad se alza como teoría especial de la causalidad cuando el nexo causal es difuso, esto no presupone que se omita el *onus probandi*, es decir, no se exime de la carga de la prueba al actor, Al respecto:

*“La teoría de la pérdida de la oportunidad de aplica de este modo a supuestos de falta de nexo causal, cuando el perjudicado, después de agotar los recursos que tenía a su disposición, solo consigue demostrar que las probabilidades de consecución de una ventaja habrían sido serias de no haber intervenido el hecho ilícito. Es la idea de que la teoría de la pérdida del chance entra en juego únicamente en supuestos de imposibilidad material de la prueba”<sup>109</sup>.*

En este orden ideas, esa teoría especial de causalidad jurídica no se da cuando existen dificultades probatorias para acreditar un eventual daño, sino cuando existe una imposibilidad probatoria absoluta porque no se puede acreditar hechos que nunca ocurrieron.

Sin embargo, si debe el perjudicado acreditar que antes de la ocurrencia del hecho dañoso si contaba con una probabilidad seria de obtener una ventaja patrimonial y además acreditar por medio de un cálculo de probabilidades que esa eventual ventaja patrimonial se dio por la conducta del agente, de manera que si se tiene una probabilidad del 80% de que la conducta del agente si ocasiono un daño cierto a la víctima, se pueda presumir el otro 20% para poder establecer con firmeza la existencia del nexo de causalidad.

La teoría de causalidad jurídica que propone la pérdida de la oportunidad no da pie para que las partes incurran en negligencia a la hora de probar. Esta institución jurídica lo que pretende es cumplir una función presuntiva en virtud

---

<sup>109</sup> MEDINA ALCOZ, Luis, *Hacia una nueva teoría de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de las oportunidades*. Revista de responsabilidad civil y seguro de la Universidad Complutense de Madrid. 2007, Madrid

de la cual se permita alcanzar un estándar probatorio del nexo causal que permita superar la duda razonable, y a su vez se pueda afirmar su existencia. Se basa principalmente en un cálculo de probabilidades negativo en el cual se tienen en cuenta los factores extrínsecos que pudieron haber repercutido en la producción del daño, como los es la fuerza mayor o caso fortuito, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero.

Así debe determinarse cuando es la probabilidad de que esa eventual ventaja patrimonial no se dio a partir de las anteriores causas y si dicho porcentaje es inferior al 20% se pueda colegir que ese daño se causó por el obrar del agente. Así se evita caer en el principio de la responsabilidad del todo o el nada, según el cual o se causó un daño cierto de manera certera y por ende debe resarcirse; o por el contrario no se causó en estricto sentido y por lo cual no procede la indemnización.

Con base en lo anterior, se debe acreditar por el perjudicado la probabilidad de que estos factores extrínsecos son tan bajas, que se colige que estos no son suficientes para causar el daño a la víctima y por consiguiente se genera una presunción en el sentido en que si no es así, fue por obra del agente que se genera ese daño incierto.

Así precisa el profesor Medina Alcoz al respecto:

*“La teoría del chance entraña una transformación más profunda, pues en ella la probabilidad deja de ser un método de valoración de la prueba y se convierte en el objeto mismo de la prueba. Se está, ante una doctrina que resuelve el conflicto entre el cómo se prueba y el qué se prueba a que conduce la teoría clásica de la causalidad e hipótesis de incertidumbre”<sup>110</sup>*

---

<sup>110</sup> MEDINA ALCOZ, Luis, *Hacia una nueva teoría de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual: La doctrina de la pérdida de las oportunidades*. Revista de responsabilidad civil y seguro de la Universidad Complutense de Madrid. 2007, Madrid.

De manera que se saca al juez de tener que decir por lo que es o no es, o lo que está acreditada y lo que no. Se morigeró esta relación de correspondencia directa y se determina a través del cálculo de probabilidad si el daño es imputable al agente a consecuencia de una acción u omisión suya.

## 2.11. FINALIDAD DE LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD

El principio de la responsabilidad en general y en especial de la civil es la reparación entendida como *“hacer que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de la ocurrencia del hecho dañoso”*. Así, es inobjetable que para ese momento anterior, la víctima tenía un porcentaje de probabilidad que consistía en una expectativa legítima, y fundada de obtener una ganancia patrimonial o evitar una pérdida.

La pérdida de la oportunidad, antes de suceder el hecho dañoso era simplemente la probabilidad o esperanza de obtener una ganancia o de evitar una pérdida; y con el acontecimiento del hecho no muta en su naturaleza, sino que por el contrario sigue siendo una posibilidad pero ahora es la posibilidad que existe de reparar un eventual daño ya sea bajo su tipología de daño material o de daño inmaterial.

Según la doctrina *“el principio que gobierna la reparación se expresa por una máxima que nosotros hemos forjado todo el daño pero nada más que el daño”*<sup>111</sup>, haciendo referencia a una de las tipologías de perjuicio (daño material en el cual se encuentra el daño emergente y el lucro cesante, y el daño inmaterial el cual se concibe como daño moral y daño a la vida en relación).

Si se valora a la pérdida de la oportunidad como un daño cierto y en ese orden de ideas se repara, se puede caer en una de dos impropiedades en concordancia con lo traído a colación anteriormente de la providencia de William Namén, al respecto

---

<sup>111</sup> LE TOURNEAU, Philippe., *La responsabilidad Civil*. Ed legis: Bogotá D.C., 2010, P. 68

*“La pérdida de una oportunidad comporta a la reparación (...) en la incertidumbre causal de un resultado dañoso probable, evitando por un lado, la injusticia de no repararlo, y por otro lado, la reparación plena cuando no hay certeza absoluta sino la probabilidad razonable respecto a que un determinado evento, hecho o comportamiento pudo o no”*<sup>112</sup>

En primer lugar, como no existe un daño cierto, directo y personal no se puede presumir que existe un daño ante la dificultad de determinar el quantum del perjuicio; se caería en un yerro al no reparar porque en efecto si existía una posibilidad legítima y fundada que tenía la víctima de obtener una ventaja económica o de evitar una pérdida; generando así una infra- indemnización de la víctima porque con esta solución se *“evita exigirle a la víctima no solo la prueba real del daño, sino también la de la relación de causalidad entre la culpa y el daño”*<sup>113</sup>.

Y por otro lado, se incurre en un yerro si se repara completamente. No se puede presumir que esta pérdida de la oportunidad en efecto es un daño cierto y que está acreditado el nexo causal entre la conducta del agente y ese determinado daño eventual; como consecuencia de ello el agente del hecho dañoso esté obligado a reparar el beneficio económico que la víctima eventualmente iría a tener. Esto se da partiendo de la premisa que gobierna el derecho de la responsabilidad, la cual es que la responsabilidad no se presume, se verifica. Así, puede llegarse a generar una supra - indemnización porque se supone que ese daño si se hubiera llegado a dar aunque este, esté sujeto al azar.

En este orden de ideas, nos encontramos en un dilema. Si se considera a la pérdida de chance como un daño y no se repara se genera una infra -

---

<sup>112</sup> Expediente 17042-3103-001-2005-00103-01

<sup>113</sup> TAMAYO JARAMILLO, Javier *Tratado de responsabilidad civil* Tomo I. Bogotá D.C.: Legis, 2011

indemnización; y si se repara se comete una supra - indemnización. En ambos casos se produce un dislate del ordenamiento jurídico en la medida en que se contraviene uno de sus pilares de justicia.

No obstante, con la reparación integral se busca que esa expectativa legítima y fundada permita la reparación de un probable daño, es decir, que se repare dicho daño la medida de lo posible o si no se indemnice por medio de su equivalente pecuniario. Tal reparación solo es posible efectuarla si se tiene en cuenta a la pérdida de la oportunidad como un criterio jurídico en el nexo causal que permita presumir o aclarar esta relación de correspondencia.

La teoría de la pérdida de la oportunidad como teoría especial de causalidad tiene su fundamento en la justicia correctiva ya que esta considera por qué la responsabilidad extracontractual y la causalidad están conectados de modo esencial y no meramente instrumental y contingente<sup>114</sup> como lo propone la escuela del análisis económico del derecho que afirma que la causalidad es superflua en términos de la responsabilidad, sino que lo fundamental es reparar para procurar así un mantenimiento del orden económico.

Y tan es así que la justicia correctiva establece en uno de sus tres postulados que se debe responder por los actos individuales de manera que exista una congruencia directa con las normas morales que establecen la responsabilidad por las acciones propias<sup>115</sup>.

---

<sup>114</sup> OWEN, David G. *teoría de la responsabilidad civil extracontractual*, Ed. Siglo del hombre editores. Universidad de los Andes. Colombia 2014.

<sup>115</sup> OWEN, David G. *teoría de la responsabilidad civil extracontractual*, Ed. Siglo del hombre editores. Universidad de los Andes. Colombia, 2014.

### 3. CAPÍTULO III: LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

*En el arte bien difícil de aplicar el derecho al hecho, es decir, de poner la ley en acción, de restringir o extender su aplicación a las innumerables cuestiones surgidas en el choque de los intereses y en la variedad de las relaciones sociales*

Felipe De Diego Clemente<sup>116</sup>

---

<sup>116</sup> CLEMENTE DE DIEGO, Felipe. *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1925, p. 165.

### 3.1. FINALIDAD DEL CAPÍTULO

La finalidad de este capítulo es mirar detalladamente el desarrollo jurisprudencial que le ha dado el Consejo de Estado a la pérdida de oportunidad, mediante el cual se ha encasillado a este fenómeno como un daño de estirpe autónomo. Sin embargo, como se demostrará el mismo alto Tribunal, en muchas ocasiones ha tenido que necesariamente referirse al problema de incertidumbre causal para efectos de resolver las controversias en la cuales la parte actora solicita el reconocimiento del “loss of chance”.

Así las cosas, es menester reiterar que para efectos de este trabajo, se estará a favor de la tesis de que la pérdida de la oportunidad se sitúa en el nexo de causalidad, ya que en ella no existe certeza en la causación del daño como efecto de un hecho jurídico que se atribuye a un agente. Además, ya que no hay certeza entre el hecho y el daño, sino sólo probabilidad de que el hecho causare el daño.

### 3.2. ASPECTOS PRELIMINARES

Es claro que la tesis mayoritaria del Consejo de Estado es que la pérdida de la oportunidad corresponde a un daño autónomo. Sin embargo, en ciertos casos se apoya la tesis de que la pérdida de la oportunidad se debe estudiar en el nexo de causalidad. Es evidente, entonces, que existen contradicciones en las disposiciones de éste órgano, y más teniendo en cuenta que hay sentencias que soportan las dos posturas. Por tal motivo, no hay verdadera coherencia ni congruencia por parte del Consejo de Estado respecto al tema. Esto será demostrado por medio del estudio de varias de las sentencias de este tribunal.

De esta manera, a fin de efectuar el siguiente análisis jurisprudencial se seleccionaron las sentencias del Consejo de Estado que si bien ubican la teoría

de la pérdida de la oportunidad como un daño autónomo, el desarrollo que éstas realizan permiten poner de presente qué sucede ante la incertidumbre causal. Asimismo, las sentencias escogidas hacen referencia a soluciones jurisprudenciales que el alto tribunal de la jurisdicción contencioso – administrativa ha adoptado cuando la relación de causalidad entre la conducta del agente y el daño no es clara, sino que por el contrario es difusa. Dicho análisis permite colegir que si bien las teorías de causalidad- entre ellas la de imputación objetiva- buscan dar solución al problema de incertidumbre causal, ninguna de dichas teorías logra atender a este problema sin caer en los extremos de la infra y supra indemnización; motivo por el cual se hace imperativo acudir a la teoría de la pérdida de la oportunidad.

La selección de las sentencias, se efectuó con base en los criterios de (i) importancia del fallo; (ii) la temática que desarrolla la sentencia (hechos de la controversia y desarrollo jurídico de los hechos); (iii) si existe coherencia o al contrario contradicción del fallo en relación a la línea jurisprudencial de la pérdida de la oportunidad; (iv) si la sentencia tiene alguna novedad legal para el tema de la pérdida de la oportunidad.

### 3.3. CONTEXTO

A continuación, se presentará un sustento jurisprudencial continente de una pluralidad de argumentos sobre los cuales puede sostenerse que la pérdida de oportunidad no corresponde a una categoría de daño, esto es, que no corresponde su estudio en sede del daño sino en la probabilidad causal de su ocurrencia, como insumo para desarrollar, de manera subsiguiente, su ubicación adecuada en sede causal.

### 3.4. CAUSALIDAD EN COLOMBIA

La causalidad en Colombia siempre ha generado debates y muchos problemas a la hora de aplicar la causalidad como método de imputación. Incluso la Corte Suprema de Justicia pone de presente la dificultad de la verificación del nexo

causal. También ha admitido cierta dificultad en la causa; cuando hay confluencia de causas o pluralidad de circunstancias que no siempre son identificables en su totalidad o también llamadas “concausas”<sup>117</sup>.

Se evidencia que en Colombia se ha tratado a la causalidad jurídica asimilándola con el nexo de causalidad en sentido material dejando inmersa entonces dentro de la causalidad material la culpabilidad -como criterio que puede ayudar a identificar la causalidad jurídica- que como bien se ha señalado de antaño son dos cosas diferentes.

Por esta razón se generan tantos problemas cuando no hay confluencia de causalidad física y causalidad jurídica o cuando se presentan concausas, pues los tribunales asimilan una inexistencia del nexo causal, en los eventos en los que no hay causalidad material, con la inexistencia de una causalidad jurídica, aunque exista en el caso específico causalidad jurídica, o cuando la causalidad material se ve alterada por cadenas de hechos con incidencia en el resultado dejando excluida la causalidad jurídica.

Esto se evidencia en las múltiples definiciones que ha dado la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia sobre causalidad tal como le evidencia en una de sus sentencias que recoge muchos conceptos que esta misma corporación ha emitido:

*aptitud de provocar un desequilibrio o alteración en las fuerzas que – de ordinario- despliega una persona respecto de otra’ (sentencia de octubre 23 de 2001, Exp. 6315), su ‘apreciable, intrínseca y objetiva posibilidad de causar un daño’ (cas. civ. 22 de febrero de 1995, exp. 4345), o la que ‘... **debido a la manipulación de ciertas cosas o al ejercicio de una conducta específica que lleva ínsito el riesgo de producir una lesión o menoscabo, tiene la aptitud de provocar un desequilibrio o alteración en las fuerzas que –de ordinario-***

---

<sup>117</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Expediente 11001-31-03-028-2002-00188-01, Sentencia del 14 de diciembre de 2012, M.P. Ariel Salazar

*despliega una persona respecto de otra'*(cas. civ. sentencia de 16 de junio de 2008 [SC-052-2008], exp. 47001- 3103-003-2005-00611-01) <sup>118</sup>

Estas interpretaciones y esta forma de ver y entender el nexo causal y la causalidad en general generan un problema en la determinación de la causalidad jurídica; si se asimila la causalidad material con el nexo causal, lo que puede llevar a que en determinados casos (cuando no hay causalidad material) a que se afirme que no hay ninguna relación que permita darle cabida al nexo causal.

La Corte ha denominado esto como 'el problema de la causalidad' y ha admitido que la solución del problema de la causalidad es "*solo puede ser resuelto a partir del análisis del concepto de imputación jurídica*"<sup>119</sup>

Ahora, si bien se ha diferenciado la causalidad física de la causalidad jurídica, en la aplicación las dos se confunden y se unen en una sola que podría denominarse "Causalidad General". Frente a esto:

*La causa o nexo de causalidad es el concepto que permite atribuir a una persona la responsabilidad del daño por haber sido ella quien lo cometió, de manera que deba repararlo mediante el pago de una indemnización. El artículo 2341 del Código Civil exige el nexo causal como uno de los requisitos para poder imputar responsabilidad, al disponer que "el que ha **cometido** un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización (...)"<sup>120</sup>.*

También ha sido así expresado y denota que en realidad se deja de lado la causalidad jurídica:

---

<sup>118</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia de dos (02) de diciembre de dos mil once (2011), Expediente 11001-3103-035-2000-00899-01, M.P. William Namen Vargas

<sup>119</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil y Agraria. Expediente: 11001-31-03-028-2002-00188-01, Sentencia del 14 de diciembre de 2012, M.P. Ariel Salazar

<sup>120</sup> *Ibidem*.

*La fijación del nexo de causalidad es la labor del juez que permite identificar los hechos que revisten verdadera trascendencia normativa y que, posteriormente, harán parte de la premisa menor del silogismo jurídico; por lo que su estudio atañe a circunstancias de hecho, es decir a una reconstrucción histórica de los supuestos de hecho que surgen del caudal probatorio recopilado en la actuación.<sup>121</sup>*

En este orden de ideas, queda de manifiesto que, si bien se hace diferenciación de la causalidad física y la jurídica, no es posible encontrar un fallo donde se haya aplicado de manera diferenciada una u otra teoría sobre la causalidad. Al final, las decisiones judiciales terminan concluyendo que sin causalidad adecuada, lo que para los juzgadores es la confluencia de la causalidad material y jurídica, no hay nexo causal ya que equiparan el nexo causal con la existencia de la causalidad material.

Lo anterior, sin lugar a dudas, genera un dislate en el ordenamiento jurídico colombiano debido a que en procesos de responsabilidad ya sea contractual o extracontractual se estaría prescindiendo de imputarle un daño a un agente porque no existe una causalidad material. Así, la impunidad que rodea nuestro sistema de justicia actual crecería exorbitantemente.

### 3.5. JURISPRUDENCIA EN EL NEXO CAUSAL DIFUSO- ANALISIS DE CASOS CONCRETOS

El presente acápite tiene por objeto mostrar cómo han tratado los altos tribunales el problema del nexo causal difuso y qué soluciones se le han dado y el problema de la determinación de la causalidad para que proceda la imputación.

La Sentencia del Consejo de Estado 05001-23-24-000-1994-02530-01(22304) del Magistrado Enrique Gil Botero, analiza el caso en el cual un joven que

---

<sup>121</sup> Ibidem.

ingresó a una institución prestadora de servicios de salud por heridas que había recibido y que falleció no a causa de estas laceraciones en su integridad, ni por negligencia médica, sino porque se permitió el ingreso de sujetos externos a la institución y estos causaron la muerte de este joven. Generando así el interrogante de si ¿debe la institución prestadora del servicio de salud responder civilmente por el fallecimiento de este joven?

El Ministerio de Salud mediante una resolución ya ha clarificado el asunto del nexo causal respecto del "evento desfavorable". Ha entendido que cuando suceda un hecho desfavorable dentro del servicio de prestación de salud, más no por este, será responsabilidad de la institución prestadora de salud la indemnización los perjuicios sufridos por el efecto desfavorable (daño a la vida del paciente), en este caso, la muerte de un joven dentro de una institución prestadora de salud no se da por la falta de atención, sino porque sus atacantes entraron y lo atacaron dentro de la instalación ya que no había seguridad para haberlo impedido.

Hay que evaluar en ese caso qué hubiera sucedido si la institución de salud tuviera seguridad adecuada dentro de sus instalaciones. Hay un efecto negativo, de acuerdo a la Resolución No. 1446 de 2006 del Ministerio de la Protección Social, que deriva en la presunta responsabilidad de la institución prestadora de salud por el no cumplimiento de otras obligaciones que se dan con ocasión de la actividad de prestar servicios médicos, como la vigilancia y seguridad. Sin embargo, no se puede asegurar en qué grado el resultado hubiera sido diferente si la institución hubiera tenido otra conducta ya que estos deberes son de medio y no de resultado.

El Consejo de Estado dice al respecto que:

La responsabilidad extracontractual del Estado que se genera a partir de la ocurrencia de efectos adversos, esto es, la trasgresión del principio de seguridad en sentido amplio o lato, es decir, contentivo de las obligaciones de cuidado, vigilancia, protección, entre otras,

tendrá como referente la falla del servicio, razón por la que siempre será imprescindible constatar, en el caso concreto, si el daño tuvo origen en la violación al deber objetivo de cuidado, es decir, provino de una negligencia, impericia, imprudencia o una violación de reglamentos por parte del personal administrativo de la clínica o del hospital respectivo<sup>122</sup>.

Esta misma corporación encuentra dificultad al establecer la responsabilidad en eventos adversos, ya que su base es la causalidad fáctica. Para el Consejo de Estado la solución está en acudir a criterios de imputación objetiva para determinar qué daños le son atribuibles a qué entidad o persona. El Consejo de Estado acude a criterios de imputación objetiva y señala que no es posible declarar la responsabilidad de una institución de atención sanitaria por efectos adversos que no tengan que ver con el servicio directo que se presta (atención médica) ya que aunque se hubieran atendido de manera correcta los deberes de seguridad (que dependían de la policía), que son accesorios, nada asegura que el resultado hubiera variado si hubiera existido una presencia policial fuerte, ya que no se niega que la hubiera, por lo que se explicó anteriormente, son obligaciones de medio y no de resultado.

Además de ser un resultado que dependía de un tercero, como era la policía y no la institución sanitaria directamente, por lo que no es posible hacer una imputación objetiva ya que el deber de seguridad no estaba en cabeza del personal del hospital.

En otra Sentencia del Consejo de Estado con el mismo magistrado ponente, se declara la responsabilidad ya que se logra mediante la imputación objetiva, atribuirle un daño a ciertas personas por su omisión en la conducta, aunque hubiera una incertidumbre en el nexo causal y una ruptura de este, tal como en el caso anterior, pero al demostrar que sucede por la omisión de un deber

---

<sup>122</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de agosto de 2009, Expediente 76001-23-24-000-1995-00079-01(17733), C.P. Enrique Gil Botero.

propio del personal.<sup>123</sup> En este segundo caso que se trae a colación, personas externas la institución médica entraron y raptaron a un bebé de la sala de incubadoras.

En este caso el Consejo de Estado analiza los posibles resultados respecto a la muerte de un menor, *si hubiera* existido o no negligencia en el personal de la sala de pediatría de un hospital. El nexo causal aquí sí se puede establecer con más facilidad, ya que se logra probar la negligencia del personal del hospital, directamente, con el deber de vigilancia de los pacientes que está en cabeza suya. Al estar en cabeza del personal de seguridad el deber de vigilancia, es posible afirmar que dependía directamente de ellos evitar la conclusión del efecto jurado negativo que se generó por causa de su negligencia al no certificar si la secuestradora era o no la abuela del niño.

En este sentido, resulta más acertado decir que *si* el personal de la sala de incubadoras hubiera estado cumpliendo con su deber, se habrían dado cuenta del secuestro de uno de los menores. Por lo tanto, se comprueba que hubo culpa por omisión del personal de la sala de incubadoras del hospital. De manera que, se pudo establecer un nexo de causalidad adecuado, cuya causa será la omisión del deber de vigilancia en cabeza del personal del establecimiento que no pide a la secuestradora del menor que certifique su filiación con este. En consecuencia, se da el secuestro del menor y el efecto jurídico negativo es la muerte del menor después de ser secuestrado porque su situación era complicada al momento de su nacimiento y por esto estaba internado en el hospital, bajo observación y en incubadora.

El Alto Tribunal encuentra probado el nexo de causalidad, es decir, la conducta antijurídica (en este caso la culpa por omisión de los deberes en cabeza del personal del hospital) y el efecto jurídico, es decir, el daño a un bien jurídico

---

<sup>123</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 9 de mayo de 2012, Expediente 05001-23-24-000-1994-02530-01(22304), C.P. Magistrado ponente Enrique Gil Botero.

tutelado y la lesión que al se le causa (la vida del niño).

Pero, ¿qué pasa cuando no es posible establecer la imputación objetiva porque el nexo causal es difuso cuando el escenario de este se cambia? Partamos que como consecuencia de una acción del agente, la víctima perdió la posibilidad de obtener una ventaja patrimonial. Sin lugar a dudas no se puede determinar que dicha ventaja patrimonial en su totalidad se dejó de percibir a causa de la acción del agente. Entonces, ¿se deja de indemnizar a las personas debido a la incertidumbre en el nexo causal?

No puede establecerse de manera concreta si ese hecho del agente fue el causante del daño que la víctima pretende que se le indemnice, cabe aún hacerse otra pregunta, si bien existe un daño eventual y no se puede establecer que una conducta fue la causante de este daño, ¿a qué agente se le atribuye la responsabilidad?

Debe entonces poder plantearse una solución para determinar la probabilidad teniendo en cuenta la injerencia de los actores y los terceros en la sucesión de eventos. Esta sería la técnica presuntiva de la pérdida de la oportunidad, que debe utilizarse cuando el nexo causal es difuso como una regla especial cuando el nexo causal es difuso.

Se establecen entonces grados de fortaleza en el nexo causal, partiendo del desconocimiento de cómo una conducta pudo haber derivado en un hecho dañoso llegando a la probabilidad más alta de que esa conducta si pudo haber generado ese hecho dañoso, todo esto para no dejarlo al arbitrio y discreción del juez, pues como se puede evidenciar en el análisis que se ha hecho de diferentes providencias judiciales, en muchas ocasiones queda al arbitrio del juez y de lo que tenga como cierto para poder atribuirle o no los daños a ciertas conductas, daños que pueden ser existentes pero que en su nexo con la conducta puede tornarse difuso a riesgo de parecer tenue o inexistente. Incluso

se podría decir que la conducta llevada a cabo no se ajusta a la que debería ser la esperada para generar ciertos efectos jurídicos.

Las consecuencias de aplicar la teoría de la pérdida de la oportunidad en el nexo causal difuso en este exclusivo escenario de un eventual daño, nos llevan a la hipótesis de incluir la pérdida de la oportunidad en el nexo causal como criterio de la causalidad *jurídica*, que es verificable mediante el análisis de probabilidades universales que el juez deberá tomar en cuenta para evitar que quede al arbitrio de este mismo.

Es importante establecer criterios de probabilidad universales para evitar a toda costa la arbitrariedad y la desigualdad en los supuestos de hecho iguales cuyo nexo causal puede ser más claro en unos casos que en otros y no vulnerar la seguridad jurídica, que es lo que el sistema pretende para generar confianza en los ciudadanos respecto de la administración de justicia. Así se evitaría caer en lo que los tribunales cometen actualmente y es considerar cada caso lo que estimen razonable según la imputación objetiva teniendo en cuenta únicamente dos opciones i) dar por no probado el nexo causal y por lo tanto dejar a la víctima en la incertidumbre, y al no hallar a quien imputarle el hecho objetivamente caer en una falta de indemnización a los daños, ii) Dar por cierto el nexo causal e imputarle de manera objetiva todo el daño a una conducta, generando así una indemnización mayor a la que realmente debe imponerse dando verificada la adecuación al cien por ciento de la conducta y el daño.

En la Sentencia del catorce (14) de marzo (03) del dos mil trece (2013), la misma corporación, el Consejo de Estado, con magistrado ponente Hernán Andrade Rincón, decide un recurso de apelación. La parte actora sostiene que hubo una falla en el servicio médico porque según ella, un procedimiento médico no se desarrolló en el tiempo oportuno para llevarlo a cabo, es decir, en el mismo instante en el que el paciente ingresó a la unidad médica. Además de que hubo una equivocación en el desarrollo del procedimiento y esto causó la muerte del joven.

La institución hospitalaria sostuvo que al paciente se le atendió oportunamente y que debido a la gravedad en la que llegó el paciente fue imposible contener la complicación estado de salud del paciente, que terminó por ser fatal, configurando así una causa extraña ajena a la prestación del servicio.

La actora asegura que si se hubiera detenido la hemorragia tan pronto el paciente ingresó al hospital, el paciente no hubiera perdido tanta sangre y el resultado hubiera sido otro. El tribunal administrativo en primera instancia negó las pretensiones de la actora porque según el tribunal, había pruebas suficientes encaminadas a probar que la atención recibida fue oportuna y que el paciente falleció por la gravedad de las heridas sufridas, causadas antes de que el joven ingresara a la unidad de urgencias del hospital.

El tribunal administrativo, a quo, tiene en cuenta lo siguiente: *“El concepto técnico emitido por Medicina legal concluye que la muerte del joven se debió a las lesiones causadas por los proyectiles de arma de fuego”*<sup>124</sup>. También sostuvo que ante la falta de pruebas aportadas por la actora, el centro hospitalario demostró haber actuado con la debida diligencia y cuidado.

En la apelación, la actora sostiene que contrario a lo dicho por el Tribunal, la entidad demandada (el hospital), no prestó la atención oportuna ni la requerida para la situación. La actora acusa que el no tener suficiente personal para un fin de semana *afectó* seriamente el estado de salud de su hijo, pues al existir solo un cirujano no se pudo atender de manera oportuna la emergencia.

Aquí hay un claro ejemplo de un nexo causal difuso de la manera como lo plantea la actora, entre la causa y el efecto, pues como se probó, al joven se le empezó a atender en el mismo instante en el que llegó al hospital. Incluso se le hizo transfusión de sangre a pesar de que no hubiera suficiente existencia de

---

<sup>124</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de marzo de 2013. Expediente 25000-23-26-000-1999-00791-01(23632), C.P. Hernán Andrade Rincón.

sangre en el banco del hospital, pero incluso siendo así el paciente ingresó al centro asistencial consciente y en ese mismo centro asistencial, feneció.

La causalidad que se presenta aquí es difusa, no hubo conducta y aparentemente no hubo omisión, pero dentro de la institución hospitalaria se produjo la consecuencia dañosa que produce el perjuicio. Por esta razón, por la ausencia de causalidad adecuada, es que el ad quo no halla que el hecho le sea imputable a la institución hospitalaria.

El Consejo de Estado reitera que es a criterio del juzgador determinar que técnicas o que criterios va a utilizar en cada caso específico para establecer la imputación. Un criterio que si tiene en cuenta el Consejo de Estado y con el cual es reiterativo, es la “falta probada” agregando que *“al carácter técnico de la actividad médica y a la dificultad probatoria que ello conlleva, el nexo causal puede acreditarse de diversas maneras, en especial mediante la utilización de indicios (...)”*<sup>125</sup>

Siendo así las cosas, cabe preguntarse, por qué no utilizar la pérdida de oportunidad como técnica presuntiva de la causalidad, que está llamada a ser desvirtuada por la parte cuya conducta se acusa de ser la causante del daño y que por tanto le sería imputable.

El Consejo de Estado establece que siempre debe de hacerse la imputación de manera objetiva, pero reconoce que hay dificultad, como en este caso, para imputar de manera objetiva, el daño. Si bien no hay una causalidad adecuada y esto podría defenderse diciendo que sobreviene una causa extraña, hay que tener en cuenta como se dieron las cosas a la posterior entrada del paciente a la unidad de urgencias de la institución hospitalaria, ya que entra consciente y fallece en el hospital.

---

<sup>125</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de marzo de 2013. Expediente, 25000-23-26-000-1999-00791-01(23632), C.P. Hernán Andrade Rincón.

Este problema apoya la tesis de la utilización de la pérdida de la oportunidad cuando la causalidad no es adecuada y las técnicas de imputación convencionales para casos 'adecuados' y cuya causalidad es fácilmente determinable, así como el resultado, no se pueden utilizar ya que podría no llegarse a la reparación o repara más de lo que se debe por la mera utilización de indicios o se pondera a la víctima en una condición desventajosa ya que tendría que mostrar no solo el daño sino la falla en el servicio y el nexo causal, encontrándose en dificultad de probar el nexo causal.

En el fallo, el Consejo de Estado tiene en cuenta todo lo anteriormente mencionado y falla teniendo en cuenta meros indicios relacionados al estado del paciente cuando entró a la unidad de urgencias y el resultado final, declarando como responsable únicamente al establecimiento hospitalario.

Además, en la sentencia del 21 de marzo de 2012 del Consejo de Estado, se alcanza a evidenciar a la pérdida de la oportunidad como un criterio jurídico que permite establecer el nexo causal cuando este sea difuso. Esto es realizado a partir de un cálculo de probabilidades. Si bien en esta providencia no se reconoce de manera expresa la pérdida de la oportunidad como una nueva teoría de causalidad, si se precisa que esta se da cuando el nexo causal no sea expresa y se dé la reparación integral con base en los pilares de justicia.

El Consejo de Estado resuelve una apelación interpuesta por una EPS y una IPS quienes son declarados responsables de la muerte de un señor a causa de un fallo cardio respiratorio posterior a un procedimiento quirúrgico para tratar una peritonitis y condenadas a indemnizar perjuicios morales y perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.

La demandante señaló que:

*“El tratamiento con analgésicos dado a Rafael Esteban Millares Sánchez, aunada a la indebida valoración médica y a la imprevisión absoluta del personal encargado de su atención intrahospitalaria, concretado en el mal manejo de su patología inicial y en no advertir la patología de apendicitis supurativa, a pesar de las claras (sic) e inobjetables síntomas que la hacía inferir, trajeron como consecuencia el fallecimiento de este servidor público de la Rama Judicial de esta Región Insular”<sup>126</sup>*

Según la demandante, la muerte de su esposo es consecuencia de las acciones y omisiones del personal médico de la EPS y la IPS. El hospital demandado asegura que no existe nexo de causalidad y que por esta razón, las pretensiones de la demandante no están llamadas a prosperar. Esto se debe a que no se prueba que la conexión entre el daño y la actividad médica que se realizó. Sostiene que cuando el paciente ingresó a urgencias fue debidamente atendido por el personal médico y que no hay prueba aportada por la demandante que demuestre lo contrario. De esta forma el hospital indica que hay una inexistencia de causa.

La EPS indica que se hizo todo lo posible de acuerdo con los procedimientos médicos indicados para la situación y que la muerte del paciente se dio por causas posteriores al procedimiento quirúrgico. El procedimiento fue llevado con éxito pero posteriormente se dan las complicaciones en el paciente por causas desconocidas al personal médico que no son posibles detectar antes.

El tribunal falla favoreciendo las pretensiones de la demandante ya que a sus juicios si hubo una negligencia y descuido con respecto a la atención del paciente que eran manifiestos. Además de las demoras injustificadas para llevar a cabo los diagnósticos y los tratamientos del paciente. Encontró también

---

<sup>126</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de veintiuno (21) de marzo de dos mil doce (2012), Expediente 88001-23-31-000-1998-00003-01(19755), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

que hubo omisión en el debido tratamiento de una patología lo que configuró la complicación del paciente.

Para el Tribunal:

*“La falla del servicio de dichas entidades consistió en la falta absoluta de diligencia para realizar un diagnóstico oportuno de una enfermedad cuyos síntomas se manifestaron cuando el paciente viene siendo tratado por una patología diferente, lo que habría incidido necesariamente en una intervención quirúrgica inmediata, que implicaba para el enfermo la oportunidad de sobrevivir y de ser curado de sus dolencias”<sup>127</sup>*

El Consejo de Estado considera que en efecto, no se cumplieron de manera efectiva y precisa, los deberes del personal médico que atendió al paciente. Esto lo corrobora a través del análisis de la historia clínica del paciente, pues esta no es clara y la falta de claridad de esta aunado al equívoco del diagnóstico terminó en la muerte del paciente.

Con respecto a la obligación del personal de médico de ser diligentes y cuidadosos con la historia clínica, el Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

*En los cuadros de diagnóstico clínico, como lo es el de apendicitis, el seguimiento de la evolución del paciente es fundamental, para lo cual es imprescindible contar con una historia clínica clara y completa, sobre todo si, como ocurrió en este caso, el paciente es siempre valorado por un médico diferente al que lo examinó anteriormente. Se observa, además, que varios apartes de la historia del hospital resultan prácticamente ilegibles. Se ha dicho al respecto que, en la medicina moderna, el carácter completo y permanente de la historia*

---

<sup>127</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de veintiuno (21) de marzo de dos mil doce (2012), Expediente 88001-23-31-000-1998-00003-01(19755), C.P. Mauricio Fajardo Gómez,

*clínica es condición de calidad de los cuidados médicos o de la correcta asistencia facultativa*<sup>128</sup>

Aquí ya se abandona la tesis del Consejo de Estado de que los indicios que pueden generar arbitrariedad, y se impone una obligación adicional que si bien no está directamente relacionada con el procedimiento quirúrgico como causante de la muerte del paciente, permite establecer la falta de previsión del personal médico. A simple vista se podría pensar que nada afecta el cómo se lleve la historia médica de un paciente, pero cuando es complejo establecer una conexión directa entre el hecho y su causa porque la causa no aparece a simple vista, se pueden analizar factores que tengan conexión con la realización de la conducta.

Tal como lo hizo el Consejo de Estado para determinar la imputabilidad de la conducta de los médicos que no fue ni acción, bajo el supuesto de un error en el procedimiento quirúrgico, ni tampoco omisión en atenderlo, sino una conducta errónea de los médicos como lo es un diagnóstico equivocado que se derivó de una negligencia en el deber de los médicos de consignar de manera clara, coherente y ordenada, los diagnósticos y demás observaciones del paciente. La dificultad del caso entonces era determinar por qué se llevó a cabo un tratamiento erróneo, tenido que ir un paso hacia atrás para encontrar que el verdadero causante del daño fue un diagnóstico médico erróneo.

El Consejo de Estado se refiere a la pérdida de oportunidad aquí en cuanto señala que las probabilidades de que el paciente siguiera con vida, hubieran sido mayores si los médicos hubiesen actuado con más diligencia. Si hablamos de probabilidades, nos damos cuenta que las conductas del personal médico inciden fuertemente en el resultado obtenido que es la muerte del paciente, la pérdida de oportunidad se presenta aquí como un criterio que ayuda a fortalecer y esclarecer el nexo entre el resultado y la conducta u omisión de deberes que vendría siendo la causalidad.

---

<sup>128</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de diez (10) de febrero de dos mil (2000), Expediente 11878, C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

La corporación termina diciendo que el resultado le es imputable al personal médico por todos los factores ya nombrados como el erróneo diagnóstico médico y la falta de claridad en la historia clínica, que resultan ir en contra de los deberes del personal médico, por lo que el Consejo accede a las pretensiones de la demandante. Aunque no se utilice la pérdida de oportunidad como técnica presuntiva, se alcanza a deslumbrar como el Consejo de Estado la tiene presente y aunque no la mencione ni haga referencia expresa a ella si hace un juicio de probabilidades para esclarecer la causalidad.

Vemos que cuando es difícil establecer la causalidad de manera objetiva, los altos tribunales y órganos de cierre hacen un gran trabajo por establecer las causas reales de un hecho dañoso, aceptando que no se puede probar plenamente el nexo de causalidad porque hay una ruptura en él y también ven la obligación de reparar a las víctimas, esto deriva en que establezcan criterios para determinar la causalidad. En la Sentencia de marzo del dos mil doce se ve un avance en como el Consejo de Estado encuentra la causa y procede a imputar dicha causa porque aquí si toma en cuenta el papel importante de las probabilidades de un resultado diferente si la conducta llevada a cabo hubiera sido diferente, siempre se encuentra, aunque muy minino, un error o una omisión en la conducta de quien debe ejecutarla de una manera o abstenerse de ejecutarla.

De esta manera se logra evidenciar como las altas cortes han establecido por medio de su propia argumentación diversos criterios para realizar una imputación creando así un sistema especial de imputación en el evento de un nexo causal tenue, sin embargo, aún queda mucho que realizar al respecto porque no pueden tomarse solamente en cuenta pruebas indiciarias o utilizar la imputación objetiva como técnica, sea como sea el arbitrio del juzgador.

### 3.6. LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD NO ES UN DAÑO AUTÓNOMO SINO LA PROBABILIDAD CAUSAL DE QUE ÉSTE SE CAUSE

La sentencia número 243801 CE-SEC3-EXP1998-N10539 10539, del 28 de mayo de 1998, con Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque, contribuye a apoyar este postulado. Esto porque menciona que la doctrina ha dicho que en casos especiales se pueden resarcir los perjuicios y los daños por un menoscabo eventual, lo que sucede, según Mazeaud y Tunc:

*Cuando el demandado ha privado, por su culpa, al demandante de una posibilidad de conseguir una ganancia o de evitar una pérdida. La dificultad proviene de que, en este supuesto no resulta posible ya esperar para determinar si el perjuicio existirá o no existirá; la realización del perjuicio no depende ya de acontecimientos futuros e inciertos. La situación es definitiva; nada la modificará ya; por su culpa, el demandado ha detenido el desarrollo de una serie de hechos que podían ser fuente de ganancias o de pérdidas. Eso es lo que expresa la Corte de casación al decir que “esté consumado el hecho del cual dependa el perjuicio eventual”<sup>129</sup>*

Esta expresión es útil para soportar que la pérdida de la oportunidad se halla en el nexo de causalidad porque demuestra que ella no constituye un daño en sí misma, un daño autónomo, sino la posibilidad de que éste ocurra; como dicen Mazeaud y Tunc, la posibilidad de conseguir una ganancia o de evitar una pérdida de que se ve privado el demandante por culpa del demandado.

Más tarde, en esta sentencia se menciona que la pérdida de la oportunidad causa daño a quien se privó de ella. Lo anterior sustenta que la pérdida de la oportunidad es la causa, el motivo del daño, pero no éste último. Finalmente, indica la Corte que la pérdida de la oportunidad o chance tienen un valor propio, independiente del hecho por venir. Esto soporta el postulado en mención porque le da una autonomía a la pérdida de la oportunidad respecto del daño:

---

<sup>129</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de veintiocho (28) de mayo de 1998, C.P Ricardo Hoyos Duque. MAZEAUD, Henri y León y TUNC, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires, edit. Ejea Volumen I Tomo I. 1977. p. 307.

*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.<sup>130</sup>*

Lo anterior es reafirmado por la sentencia número 2020472 25000-23-26-000-1996-03328-01 22760 del 22 de octubre de 2012, con Consejera Ponente Olga Valle de la Hoz:

*“La pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta éste que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial; dicha oportunidad pérdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio —material o inmaterial— para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento”<sup>131</sup>*

En esta sentencia, se reitera que en la pérdida de la oportunidad existe un elemento de certeza y otro de incertidumbre. Pero, sobre todo, se afirma que la oportunidad pérdida constituye en sí misma un interés jurídico que faculta a quien lo perdió para esperar que produjese un resultado. Por ello, la antijurídica

---

<sup>130</sup> Hoyos Duque, *Ibíd.*

<sup>131</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de veintidós (22) de octubre de 2012, C.P Olga Melida Valle de la Hoz. En ese sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de diez (10) de agosto de 2010, rad. 18593, C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

frustración de esa probabilidad permite que proceda un resarcimiento para el afectado. Ese interés es claramente diferenciable al daño, al perjuicio.

Esto porque mientras “a) el interés jurídico supone un derecho subjetivo de un individuo; b) para acceder al juicio de amparo se debe comprobar tal afectación directa al derecho subjetivo; o bien c) comprobar la afectación de un interés legítimo; d) el interés legítimo supone una afectación indirecta al individuo que se encuentra en una situación especial; e) tal situación especial consiste en que el individuo forma parte de un ente colectivo; y f) dicho colectivo tiene, de manera abstracta, un interés en que el orden opere de manera efectiva”<sup>132</sup>; el daño es, según múltiples sentencias del consejo de Estado: “La lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar”<sup>133</sup>. Además, según Adriano de Cupis: “Daño no significa más que nocimiento o perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable”<sup>134</sup>.

Entonces, es posible afirmar que el daño vulnera un interés, razón por la cual son conceptos diferentes. Esta idea es soportada por De Cupis:

*Lo que el derecho tutela, el daño vulnera. Si el derecho tutela un determinado interés humano, éste puede ser atacado por un daño, en sentido jurídico (daño jurídico), en cuanto contra él apresta el derecho la propia reacción.*

*En consecuencia el objeto del daño en sentido jurídico se configura como más limitado respecto al objeto del daño y entendido*

---

<sup>132</sup> CRUZ, Juan. *El concepto de interés legítimo y su relación con los Derechos Humanos. Observaciones críticas a Ulises Schmill y Carlos de Silva*. Revista Opinión Jurídica, Scielo [en línea]. Isonomía no.39 México Out. 2013. [fecha de consulta: 10 de mayo de 2015]. Consultable en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-02182013000200007&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182013000200007&lng=pt&nrm=iso) Versión impresa ISSN 1405-0218. Pág. 187.

<sup>133</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia de primero (1) de agosto de 1996, MP. Alejandro Martínez Caballero. Al respecto, CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del trece (13) de julio de 1993, Expediente 8163. C.P Juan de Dios Montes Hernandez.

<sup>134</sup> DE CUPIS, Adriano. *El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Bosch, Casa Editorial. Barcelona. p. 81.

*genéricamente; pues que, mientras el objeto del daño genéricamente entendido es cualquier situación favorable que se refiera o no a seres humanos, objeto del daño en sentido jurídico no puede ser más que un interés humano jurídicamente tutelado<sup>135</sup>.*

La sentencia 2019397 68001-23-15-000-2003-01725-01 35420 del 27 de marzo de 2014, con Consejero Ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera, reitera lo anterior, al expresar que hay que ubicarse en el terreno de la probabilidad, de la incertidumbre, en el tema de la pérdida de la oportunidad. Expresa la Corte que recientemente<sup>136</sup>, la Sala reafirmó los criterios presentados en las sentencias del 11 de agosto de 2010<sup>137</sup> y del 7 de julio de 2011<sup>138</sup>:

*Se ha señalado que las expresiones ‘chance’ u ‘oportunidad’ resultan próximas a otras como ‘ocasión’, ‘probabilidad’ o ‘expectativa’ y que todas comparten el común elemento consistente en remitir al cálculo de probabilidades, en la medida en que se refieren a un territorio ubicable entre lo actual y lo futuro, entre lo hipotético y lo seguro o entre lo cierto y lo incierto (...) Es decir que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener o no cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades<sup>139</sup>.*

Y esto se explica mejor en una parte posterior de la sentencia, que revela que en la pérdida de la oportunidad existe un elemento de certeza y otro de incertidumbre. Esto porque se dice que no es seguro que sin la pérdida de la oportunidad se hubiese obtenido un beneficio o evitado un perjuicio, pero sí es

---

<sup>135</sup> *Ibíd.* p. 109.

<sup>136</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del tres (3) de abril de 2013, expediente 26.437. C.P. Mauricio Fajardo Gómez

<sup>137</sup> Expediente 18.593.

<sup>138</sup> Expediente 20.139.

<sup>139</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de veintisiete (27) de marzo de 2014, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

cierto que debido a esta se perdió el chance de tener aquél beneficio o impedir dicho perjuicio:

*“La pérdida de oportunidad constituye, entonces, 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 para su patrimonio 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>140</sup>.*

### 3.7. LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD ES INCIERTA Y EL DAÑO CIERTO

Otra sentencia que soporta la tesis en cuestión es la número 2025517 68001-23-15-000-1999-10755-01 10755, del 26 de abril de 1999, del Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque. Es muy importante mencionar que en esta se estudia la pérdida de la oportunidad dentro del nexo de causalidad.

Según esta, y respecto a la pérdida de la oportunidad, Angel Yaguez afirma que Chabas:

*Señala que en estos casos los rasgos comunes del problema son los siguientes: 1. Una culpa del agente. 2. Una ocasión pérdida (ganar el juicio, obtención del puesto de azafata), que podía ser el perjuicio. 3. Una ausencia de prueba de la relación de causalidad entre la pérdida de la ocasión y la culpa, porque por definición la ocasión era aleatoria. La desaparición de esa oportunidad puede ser debida a causas naturales o favorecidas por terceros, si bien no se sabrá nunca si es la culpa del causante del daño la que ha hecho perderla: sin esa culpa, la ocasión podría haberse perdido también.*

---

<sup>140</sup> Ibíd.

*Por tanto, la culpa del agente no es una condición sine qua non de la frustración del resultado esperado<sup>141</sup>.*

Por otro lado, dice la sentencia número 11001-0203-000-2009-00770-00 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 6 de mayo de 2013, con Magistrado Ponente Arturo Solarte Rodríguez, que el daño indemnizable debe ser cierto, personal y directo:

*Suficientemente decantado tiene el ordenamiento jurídico que el daño indemnizable es aquel que además de cierto, debe ser personal y directo, todo lo cual se presenta cuando existe evidencia en cuanto a la realidad del perjuicio, cuando éste es sufrido por quien reclama su reparación, y cuando sea una consecuencia directa de un hecho civilmente imputable a un sujeto de derecho.<sup>142</sup>*

En virtud a esa característica aleatoria, y a la falta de prueba de la relación de causalidad entre la pérdida de la oportunidad y la culpa, es que debemos estudiar la pérdida de la oportunidad dentro del nexo de causalidad. No podemos ubicarla dentro del daño si decimos que la culpa del agente no es condición para la frustración del resultado que se espera y si decimos que no es seguro que el hecho sea el causante del daño. Esto porque como dice el Arturo Solarte, el daño debe ser cierto, personal y directo. Y la principal característica de la pérdida de la oportunidad es, en cambio, esa incertidumbre entre el hecho y el daño; esa mera probabilidad de que el hecho causara el daño.

Incluso, ha dicho tanto la jurisprudencia como la doctrina que ha de diferenciarse la pérdida de la oportunidad del lucro cesante. Esto porque en el lucro cesante hay certeza, pero no en la pérdida de la oportunidad. Dice la

---

<sup>141</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de veintiocho (26) de abril de 1999, C.P Ricardo Hoyos Duque. En ese sentido, DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*. Madrid, Ed. Civitas S.A., 1995, págs. 83-84.

<sup>142</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, Sentencia del seis (6) de mayo de 2013, M.P Arturo Solarte Rodríguez.

jurisprudencia, en Sentencia número 05001-23-26-000-1995-00082-01(18593), de agosto 11 de 2010, con Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez:

*Tal circunstancia es la que permite diferenciar la 'pérdida de oportunidad' del 'lucro cesante' como rubros diversos del daño, pues mientras que la primera constituye una pérdida de ganancia probable —dado que, según se ha visto, por su virtud habrán de indemnizarse las expectativas legítimas y fundadas de obtener unos beneficios o de evitar una pérdida que por razón del hecho dañoso nunca se sabrá si habrían de conseguirse, o no—, el segundo implica una pérdida de ganancia cierta —se dejan de percibir unos ingresos que ya se tenían<sup>143</sup>—.*

Y reitera la doctrina:

*En el lucro cesante está 'la convicción digamos más o menos absoluta de que determinada ganancia se produzca', mientras que en la pérdida de chance hay 'un álea que disminuye las posibilidades de obtenerla', diríase que en el lucro cesante el reclamo se basa en una mayor intensidad en las probabilidades de haber obtenido esa ganancia que se da por descontado que de no haberse producido el hecho frustrante se habría alcanzado. Desde el prisma de lo cualitativo cabe señalar que el lucro cesante invariablemente habrá de consistir en una ganancia dejada de percibir, en tanto que la pérdida de chance puede estar configurada por una ganancia frustrada y además por la frustración de una posibilidad de evitar un perjuicio<sup>144</sup>.*

También indica que:

---

<sup>143</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de once (11) de agosto de 2010, C.P Mauricio Fajardo Gomez.

<sup>144</sup> *Ibíd.* En ese sentido, VERGARA, Leandro. *Pérdida de chance. Noción conceptual. Algunas precisiones*, LL, 1995-D-78, N° 3, *apud* TRIGO REPRESAS, Félix Alberto. *Pérdida de chance*, cit., p. 262.

*No se trata, por supuesto, del tradicional lucro cesante, pues el daño que éste importa, es cierto en la medida en que el damnificado tiene un interés legítimo a la percepción de esos lucros al momento del evento dañoso. En otras palabras, el rubro lucro cesante no indemniza la pérdida de una mera expectativa o probabilidad de beneficios económicos futuros, sino el daño que supone privar al patrimonio damnificado de la obtención de lucros a los cuales su titular tenía derecho, es decir, título, al tiempo en que acaece el eventos damni<sup>145</sup>*

### 3.8. LA REPARACIÓN QUE SE DA EN MATERIA DE PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD RESPONDE AL CÁLCULO DE PROBABILIDADES ENTRE EL HECHO Y EL DAÑO PROBABLE, ESTUDIO QUE SE HACE EN SEDE CAUSAL

En la sentencia 248475 CE-SEC3-EXP1999-N11943 11943 del 3 de mayo de 1999, con Consejero Ponente Jesús María Carrillo Ballesteros, se presenta la opinión del profesor Juan Carlos Henao:

*El caso típico de esta situación lo constituye **la pérdida de una oportunidad que**, al decir de la doctrinante SALLET, es **un instrumento para medir la certeza del perjuicio**” que “será considerado ( o no ) **como suficientemente consolidado para ser reparado** según el mayor o menor grado de certeza que se permita predicar de la pérdida de la oportunidad”.<sup>146</sup> (Negrillas del texto).*

Este apartado de la sentencia es pertinente porque, como se indicó en el primer capítulo de este texto, la reparación que se da en el tema de la pérdida de la oportunidad surge del cálculo de probabilidades entre el hecho y el daño

---

<sup>145</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de cuatro (4) de agosto de 2014, M.P. Margarita Cabello Blanco. Puede consultarse a SALINAS UGARTE, Gastón. *Responsabilidad Civil Contractual*. Tomo I. Editorial Abeledo Perrot. Santiago de Chile 2011.

<sup>146</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de tres (3) de mayo de 1999, C.P Jesús María Carrillo Ballesteros. Se recomienda sobre el particular la lectura de la obra JUAN CARLOS HENAO. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007. p. 159.

probable, análisis que se realiza en sede causal. Tal como lo dice esta cita, la pérdida de la oportunidad es un instrumento para medir la certeza del perjuicio, para ver a partir de allí su consolidación y para que entonces se de su posterior reparación. Se deja así en evidencia la relevancia de la imputación jurídica dentro del nexo causal, ya que determina el quantum o contenido del daño, especificando cuánto hay que reparar (puede haber una infra reparación o una supra reparación porque ésta depende del juez).

Es importante también indicar lo que dice la sentencia 251477 25000-23-26-000-1992-2602-01 14040 del 28 de noviembre de 2002, con Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque:

*La jurisprudencia ha admitido la reparación del perjuicio que consiste en la pérdida de una oportunidad cuando el daño resulta de un acontecimiento que hubiera podido producirse y no se produjo y por lo tanto, no se sabe si dicho acontecimiento efectivamente se iba a producir. En este caso hay lugar a la reparación, únicamente, de las consecuencias que resultan de la privación de una oportunidad, es decir, “la pérdida de la oportunidad de ver que un acontecimiento se produzca... y no el hecho de que el acontecimiento no se produjo.”<sup>147</sup>*

Adicionalmente, expresa el Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez, en la sentencia 05001-23-26-000-1995-00082-01 18593 del 11 de agosto de 2010, cómo se realiza esa cuantificación:

*(...) se requiere, ante todo, como en los demás casos de daños patrimoniales, una operación de cálculo, comparando la situación real del patrimonio después del evento dañoso y el estado imaginario que podría haber presentado si este último no hubiese sucedido. Pero a continuación, como sólo se trata de la frustración de un beneficio potencial, la doctrina ha aconsejado llevar a cabo un*

---

<sup>147</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de veintiocho (28) de noviembre de 2002, C.P Ricardo Hoyos Duque. Puede consultarse: LARROUMET Christian. *Teoría General del Contrato*. Volumen II, Bogotá D.C.: Edit. Temis, 1993, P. 85.

*razonado balance de sus perspectivas en pro y en contra, de cuyo resultado podrá entonces deducirse la procedencia o no del resarcimiento de aquella y, en caso afirmativo, posibilitar también la fijación de la cuantía de un monto indemnizable, que guarde proporción con la ganancia esperada y que se perdiera, como igualmente con las demás circunstancias del caso<sup>148</sup>.*

Por otra parte, la sentencia número 2018416 76001-23-31-000-2004-01210-02 33492 del 26 de febrero de 2014 con Consejero Ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera reitera lo dicho previamente:

*Tratándose de eventos en los cuales se accede a la reparación de la pérdida de un chance, lo indicado no puede ser el reconocimiento, en favor de la víctima, del valor total de la ventaja de la cual fue privado o del deterioro patrimonial que no pudo evitar a raíz del hecho del demandado, sino tener en cuenta que la oportunidad desaparecida tenía un valor y que es éste el que debe ser restablecido; ese valor, según antes se indicó, ha de resultar indiscutiblemente inferior a aquél que hubiere correspondido en caso de haberse demostrado el vínculo causal entre la pérdida del beneficio esperado por la víctima y el hecho de aquel a quien se imputa la correspondiente responsabilidad resarcitoria; es más, como también precedentemente se indicó, el monto de la indemnización por la pérdida de la oportunidad habrá de establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente anhelaba el afectado, en función de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino<sup>149</sup>.*

Se puede ver entonces que lo que se repara no es el provecho que se esperaba obtener o la pérdida que se deseaba evitar con la oportunidad, sino la pérdida de la oportunidad misma, de ese chance. Y tal como lo expresan

---

<sup>148</sup> FAJARDO GOMEZ, Ob. Cit. TRIGO REPRESAS, Félix Alberto. *Pérdida de chance*, p. 35.

<sup>149</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de veintiséis (26) de febrero de 2014, C.P Carlos Alberto Zambrano Barrera.

varias de las sentencias citadas, el valor que se reconoce o repara al demandante, es claramente menor al valor total de la ventaja que no recibió o del menoscabo patrimonial que no pudo evitar. Entonces, a partir de ese valor total se realiza un cálculo de probabilidades de su consecución y se establece la indemnización.

### 3.9. SI EL NEXO CAUSAL ES DIFUSO, LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD MORIGERA LA INCERTIDUMBRE ENTRE EL HECHO DAÑOSO Y LOS PERJUICIOS EVENTUALMENTE RECLAMABLES POR EL PERJUDICADO

Es importante decir que la pérdida de oportunidad podría caber tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual. Pero en este caso, se analizará el daño en el tema de la responsabilidad extra contractual y se relacionará con la pérdida de la oportunidad:

La responsabilidad extracontractual se da, según los hermanos Mazeaud, cuando: *“No existía ningún vínculo de derecho entre el autor del daño y su víctima antes de que hayan entrado en juego los principios de la responsabilidad”*<sup>150</sup>. Es decir, ella surge cuando no media relación contractual entre aquél que causa el daño y su víctima. Sus elementos configurativos son:

*Como desde antaño lo viene predicando la Corporación con apoyo en el tenor del artículo 2341 del Código Civil, para que resulte comprometida la responsabilidad de una persona natural o jurídica, a título extracontractual, se precisa de la concurrencia de tres elementos que la doctrina más tradicional identifica como “culpa, daño y relación de causalidad entre aquélla y este”. Condiciones estas que además de considerar el cuadro axiológico de la pretensión en comentario, definen el esquema de la carga probatoria*

---

<sup>150</sup> IRISARRI, Catalina. *El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano*. Tesis de grado. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. [fecha de consulta: 20 de mayo de 2015]. Disponible en: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis27.pdf>. Se recomienda la lectura de MAZEAUD, Henri – Leon – Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte segunda, Vol. II, La responsabilidad civil. Los cuasicontratos. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, pág. 116.

*del demandante, pues es a este a quien le corresponde demostrar el menoscabo patrimonial o moral (daño) y que este se originó en la conducta culpable de quien demanda, por que al fin y al cabo la responsabilidad se engasta en una relación jurídica entre dos sujetos: el autor del daño y quien lo padeció<sup>151</sup>*

Podemos ver, entonces, que para que haya responsabilidad extracontractual se requiere el daño, la culpa y una relación de causalidad entre estos. Y para que haya daño específicamente se requiere un menoscabo patrimonial o moral. Pero como ya vimos, este menoscabo debe ser cierto. La pérdida de la oportunidad no puede ser lo mismo que el daño porque en ésta se pierde un chance, una posibilidad de obtener una ganancia o evitar una pérdida. Es decir, no hay un menoscabo patrimonial o moral seguro, sino una mera posibilidad de que este se diese.

Sin embargo, esa pérdida de oportunidad es muy importante porque permite que se de la responsabilidad y por tanto la reparación de los perjuicios, ya que reduce esa característica difusa nexo causal. Es decir, permite que el elemento causal que configura la responsabilidad extracontractual se logre dar para que así se pueda dar la imputación. Dice la sentencia 05001-23-26-000-1995-00082-01 18593 del 11 de agosto de 2010, con Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez:

*La operatividad de la mencionada noción de pérdida de chance permite corregir el desequilibrio en el cual, en algunas ocasiones, se encuentra la víctima dadas las dificultades probatorias a las que debe hacer frente y que la ubican “en una situación de desigualdad respecto del agente porque carece de conocimientos y medios para apreciar si hubo o no causalidad”<sup>152</sup>, de suerte que la noción de pérdida de oportunidad “entra en juego, habilitando un resarcimiento,*

---

<sup>151</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia de nueve (9) de diciembre de 2010, MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>152</sup> Fajardo Gomez, Op.cit, Obsérvese MEDINA ALCOZ, Luis. *La teoría de la pérdida de oportunidad*. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, p. 79.

*cuando se tiene, no la certeza jurídica de que un sujeto ha privado de un beneficio a un sujeto, pero sí una fuerte intuición, sospecha o certeza moral de que lo hizo*<sup>153</sup>

En esta sentencia también se revela la relevancia de realizar un análisis en sede causal de la pérdida de la oportunidad, estudiando la existencia de vínculo causal entre el hecho dañino o conducta y la desaparición de probabilidades de evitar el deterioro o de conseguir un beneficio.

Un buen ejemplo de la importancia del nexo causal se presenta en materia médica y lo revela la sentencia número 229540 73001-23-31-000-1995-02349-01 15725, del 26 de abril de 2008 con Consejero Ponente Ruth Stella Correa Palacio:

*Debe quedar establecido el nexo causal entre la falla médica y la pérdida de la oportunidad que tenía el paciente de curarse, porque si se establece que la causa del daño fue la condición misma del estado del paciente y no la omisión o error médico, no hay lugar a considerar que existió pérdida de oportunidad*<sup>154</sup>.

Acá se esboza la relevancia de la imputación causal en la pérdida de la oportunidad, ya que si bien en la pérdida de oportunidad existe incertidumbre entre el hecho y el daño, porque el nexo de causalidad es difuso; la función de la pérdida de oportunidad es morigerar esa incertidumbre y permitir una mayor coherencia entre el hecho dañoso y los perjuicios que resultan de él.

Por último, es importante recalcar que, como ya se vio, aunque en la pérdida de la oportunidad coexistan un elemento de certeza y de incertidumbre, es vital ese elemento de certeza porque sino es imposible que se establezca el nexo de causalidad y se atribuya la responsabilidad y la consecuente indemnización de perjuicios. Aquí surge una carga probatoria del demandante, que debe

---

<sup>153</sup> Fajardo Gomez, Op.cit, MEDINA ALCOZ, ibíd. p. 79.

<sup>154</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de veintiséis (26) de abril de 2008, C.P Ruth Stella Correa Palacio.

acreditar que no pudo obtener el beneficio esperado o evitar el perjuicio posible a causa de la pérdida de la oportunidad que le generó el demandado.

Esto se indica en la sentencia del 30 de enero de 2013, número 2013989 25000-2326-000-1997-14606-01 27093, con Consejero Ponente Danilo Rojas Betancourt:

*En cualquier caso, es necesario que la pérdida de oportunidad sea cierta, puesto que si se trata de una posibilidad muy vaga o genérica, se estará en presencia de un daño meramente hipotético o eventual, que no resulta indemnizable. Esto significa que, para que pueda acreditarse la existencia del daño el demandante deberá probar que<sup>155</sup> el no haber podido obtener la ventaja que esperaba es consecuencia de no haber gozado de la oportunidad que normalmente le habría permitido obtenerla<sup>156</sup>.*

### 3.10. LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD ES DIFERENTE AL DAÑO FUTURO

El daño futuro posee los mismos atributos del daño que *in genere* ha sido estudiado por la doctrina y la jurisprudencia; sea cierto, personal y directo:

*El daño futuro, siempre que sea cierto, puede ser reparado. Nuestra jurisprudencia ha estimado que el perjuicio futuro cierto debe presentarse como 'la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual, susceptible de estimación inmediata' (Consejo de Estado de Colombia, 1967, 28 de junio, p. 296). Concretamente, nos referimos a las consecuencias futuras del daño que razonablemente*

---

<sup>155</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de treinta (30) de enero de 2013, C.P Danilo Rojas Betancourt.

<sup>156</sup> HENAO, Juan Carlos. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 161.

*deban producirse después de la fecha de la sentencia (Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera, 2001, 10 de agosto)<sup>157</sup>.*

Dice la sentencia número 251482 25000-23-26-000-1994-9875-01 12706, del 24 de enero de 2002, con Consejero Ponente Jesús María Carrillo Ballesteros:

*Así ocurre en materia de pérdida de oportunidad y en cada caso se impone el examen de los hechos que permita calificar el daño. La pérdida de oportunidad en ocasiones es un perjuicio actual y en otras un perjuicio futuro (...) La pérdida de una oportunidad como perjuicio futuro siendo creíblemente irremediable también puede implicar repercusiones futuras, porque o bien se prolonga en el tiempo como la pérdida de la posibilidad de una situación superior, o de una curación, o de obtener asistencia alimentaria<sup>158</sup>.*

En este caso no se está de acuerdo con que la pérdida de la oportunidad pueda llegar a ser un perjuicio futuro precisamente porque el daño futuro predica los mismos atributos que el daño, salvo que sea actual. Y como ya vimos uno de ellos es la certeza, que no es completa en la pérdida de la oportunidad. Sin embargo, sí se reconoce que la pérdida de la oportunidad puede hacer que no se obtenga una ventaja o que no se evite un perjuicio futuro. Entonces, es cierto que la pérdida de la oportunidad puede causar un daño futuro, pero ella no es en sí misma el daño.

Esto lo reitera el doctrinante Adriano de Cupis:

*El daño futuro es un daño jurídicamente relevante en cuanto revista los caracteres de certidumbre, por lo que puede*

---

<sup>157</sup> TERNERA, Luis y TERNERA, Francisco. *Breves comentarios sobre el daño y su indemnización*. Revista Opinión Jurídica, Scielo [en línea]. vol.7 no.13. Enero a Junio de 2008. [fecha de consulta: 10 de mayo de 2015]. Disponible en: <[http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1692-25302008000100005&script=sci\\_arttext#3](http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1692-25302008000100005&script=sci_arttext#3)> Versión impresa ISSN 1692-2530.

<sup>158</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de veinticuatro (24) de enero de 2002, Consejero Ponente Jesús María Carrillo Ballesteros.

*parificarse al daño presente en tanto en cuanto pueda aparecer como un daño cierto, ya que la simple posibilidad o eventualidad, no bastan a la hora de exigir su responsabilidad<sup>159</sup>.*

### 3.11. LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD ALIGERA LA CARGA PROBATORIA DE LA VÍCTIMA FRENTE A LA REPARACIÓN DEL DAÑO

La pérdida de la oportunidad le facilita a la víctima la posibilidad de probar el daño para que se de su consecuente reparación. Esto es un tema de causalidad, justo como lo indica la sentencia número 2015078 05001-23-31-000-1997-06020-01 26999 del 30 de enero de 2013, con Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez, que bien indica:

*Frente a la descrita conceptualización de la pérdida de oportunidad como una modalidad del daño provista de las antedichas singularidades, también se ha caracterizado la figura en comento como una técnica de facilitación probatoria respecto de la causalidad en tanto que elemento de cuya concurrencia se precisa en el juicio de responsabilidad, por entender que la operatividad de la mencionada noción de pérdida de chance permite corregir el desequilibrio en el cual, en algunas ocasiones, se encuentra la víctima dadas las dificultades probatorias a las que debe hacer frente y que la ubican “en una situación de desigualdad respecto del agente porque carece de conocimientos y medios para apreciar si hubo o no causalidad”<sup>160</sup>, de suerte que la noción de pérdida de oportunidad “entra en juego, habilitando un resarcimiento, cuando se tiene, no la certeza jurídica de que un sujeto ha privado de un beneficio a un sujeto, pero sí una fuerte*

---

<sup>159</sup> DE CUPIS, Op. cit. p.322. DEMOGUE, René. *Traité des obligations*, Vol IV, París, 1924, p. 30; CHIRONI, *Colpa extra- contrattuale*, Vol II, cit., p. 317; PACCHIONI, op. cit, p. 109.

<sup>160</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de treinta (30) de enero de 2013, C.P Mauricio Fajardo Gomez. En este sentido, puede consultarse MEDINA ALCOZ, Luis. *La teoría de la pérdida de oportunidad*. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, p. 79.

*intuición, sospecha o certeza moral de que lo hizo*<sup>161</sup>; desde esta perspectiva, la pérdida de oportunidad se constituye en una técnica a utilizar en eventos en los cuales existe incertidumbre causal, por manera que:

*(...) garantiza una indemnización a la víctima cuando no puede acreditarse que la pérdida de una determinada ventaja entronca derechamente con el hecho ilícito, si las posibilidades de que hubiera conseguido la ventaja no eran desdeñables. Se trata, en definitiva, de una teoría que extiende la tutela resarcitoria a una serie de supuestos en los que la causalidad es sólo posible o probable, pero no cierta o segura*<sup>162</sup>.

Posteriormente se menciona en la sentencia que la doctrina de la pérdida de la oportunidad tiene como objetivo ayudarle a la víctima que se encuentra en dificultad de probar que el daño es un efecto del hecho ilícito, frente a la ausencia de certeza en el nexo de causalidad. Lo anterior, se logra evidenciar en el siguiente extracto jurisprudencial:

*Lo que interesa subrayar ahora es, sencillamente, que la doctrina de la pérdida de oportunidad, al igual que la técnica presuntiva y la teoría del incremento del riesgo, pretende auxiliar a la víctima que se encuentra en dificultades a la hora de probar que el daño padecido es consecuencia del hecho ilícito; y que, a diferencia de éstas, no persigue una estricta facilitación del nexo causal, sino indemnizar a la víctima, precisamente, cuando el lazo etiológico no se tenga por cierto y demostrado.*

*(...) En conclusión (...) una hipótesis de pérdida de chance puede plantearse cuando haya dejado de demostrarse la causalidad física o, lo que es lo mismo, cuando no se haya acreditado que el hecho*

---

<sup>161</sup> Fajardo, ibíd.

<sup>162</sup> FAJARDO, Op cit. Sentencia de treinta (30) de enero de 2013. En el mismo sentido MEDINA ALCOZ, Luis. *La teoría de la pérdida de oportunidad*. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado. Op. cit. p. 87 y 264.

*ilícito fue condición necesaria de la pérdida del beneficio esperado. Esta apreciación es de orden fáctico y se llega a ella aplicando las reglas y estándares probatorios que impone el Derecho procesal y el Derecho de la responsabilidad civil. La cuestión de la presencia o ausencia de la causalidad (y, por ende, la de la pérdida de oportunidad) se traslada así, básicamente, a la teoría general del conocimiento judicial o de la valoración de la prueba, que es la que escudriña los criterios con que apreciar la certeza de un hecho que ha podido acaecer efectivamente (hecho real) o que habría podido acaecer en otras circunstancias (hecho hipotético)<sup>163</sup>.*

Más tarde en esta misma sentencia, se menciona que la doctrina de la pérdida de la oportunidad es un instrumento de facilitación probatoria, y se presenta un ejemplo en el tema médico:

*Con ello se facilita la carga probatoria del demandante sobre la base de una causalidad aleatoria que permite presumir que el facultativo, con su acción u omisión, causó un daño abstracto (la oportunidad perdida, Lost Chance) del que debe responder. De este modo, no se considera la conexión directa entre la negligencia médica y la producción del daño sino, por un razonamiento a contrario, entre el hipotético comportamiento diligente que hubiera impedido la pérdida de oportunidad y la no producción del daño. Se dice así que esta conexión hipotética entre el comportamiento adecuado, no negligente, y la no producción del daño conduce a una causalidad aleatoria entre la acción u omisión médica y el daño: un hecho cierto ha hecho perder a la víctima de un daño cierto una oportunidad hipotética de su no producción (ya que, en toda hipótesis, la certidumbre que puede afectar a la oportunidad en el plano estadístico muda en incertidumbre en el plano individual).*

---

<sup>163</sup> Fajardo, Op cit. Sentencia de treinta (30) de enero de 2013. MEDINA. *La teoría de la pérdida de oportunidad*. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado. Op. cit. pp. 87 y 264.

El daño viene así constituido por la oportunidad de curación o supervivencia pérdida a consecuencia de la actividad médico-sanitaria establecida en función de la experiencia común (daño intermedio) y no por los totales perjuicios sufridos por el paciente (daño final), con los cuales resulta en todo punto imposible establecer un nexo de causalidad debido a los umbrales de certeza determinados en cada caso<sup>164</sup> (énfasis añadido)

Ahora bien en materia de pérdida de oportunidad sostenemos que la tal categoría jurídica debe ser estudiada en sede de nexo de causalidad, por cuanto la pérdida de oportunidad tiene como característica la incertidumbre en la causación del daño como consecuencia de un hecho jurídico atribuible a determinado agente, en consecuencia estaríamos en presencia de causalidad probable lo que implica que la pérdida de oportunidad es un problema de nexo causal porque no existe certeza entre el hecho y el daño, sólo existe la probabilidad que determinado hecho genere determinado daño.

No obstante, en la doctrina nacional en particular en el Consejo de Estado se sostiene que la pérdida de oportunidad es un criterio autónomo del daño<sup>165</sup>, en otro lugar del artículo se abordará esta tesis y se presentara en detalle la crítica respectiva, baste por el momento indicar que nos oponemos a considerar la pérdida de oportunidad como elemento autónomo del daño, en razón a que para que exista daño debe acreditarse la certeza o por lo menos la alta probabilidad para que opere una presunción de certeza del daño, ya que un requisito del daño es su certeza “*el Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de señalar que el daño para que pueda ser reparado debe ser cierto, esto es, no un daño genérico o hipotético sino uno específico, cierto: el*

---

<sup>164</sup> Fajardo, Op cit. Sentencia de treinta (30) de enero de 2013.  
LUNA YERGA, Álvaro, “Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico sanitaria”, en Indret. Revista para el análisis del Derecho, 288, pp. 5-6; accesible en [http://www.indret.com/pdf/288 es.pdf](http://www.indret.com/pdf/288_es.pdf).

<sup>165</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de veintiuno (21) de Marzo de 2012 C.P. Mauricio Fajardo Gomez.

que sufre una persona en su patrimonio<sup>166</sup>” como consecuencia de un hecho imputable a otra persona, en tal sentido la pérdida de oportunidad debe ser estudiada en el nexo causal para determinar el límite del contenido del daño.

De lo contrario se estaría en presencia de una contradicción conceptual en la medida en que teóricamente siguiendo la tesis del Consejo de Estado, se podrían presentar condenas en un mismo fallo y por un mismo hecho, de daño emergente, lucro cesante, y pérdida de oportunidad.

La contradicción radica en que donde se presenta la pérdida de oportunidad no puede existir al mismo tiempo el lucro cesante ya que la pérdida de oportunidad supone incertidumbre en el límite del contenido del daño y el lucro cesante supone certeza en el contenido del daño, de manera que ambos conceptos son excluyentes entre sí, porque la certeza y la incertidumbre no pueden coexistir en un mismo momento<sup>167</sup>.

A su turno la doctrina Chilena enseña *“debe tenerse presente que es diferente la pregunta por la causalidad probable de un daño ya ocurrido, de la que interroga por los eventuales efectos dañinos que puede tener en el futuro una conducta negligente actual. En este último caso, la cuestión no pertenece a la causalidad, sino al requisito de certidumbre del daño, porque no se trata de un daño real, que probablemente se debió a negligencia (como es el caso de la pérdida de una oportunidad de sanarse), sino de un daño que aún no se sabe si llegará a ocurrir”*<sup>168</sup>

Lo anterior pone de manifiesto que la pérdida de oportunidad es una cuestión

---

<sup>166</sup> HENAO, Juan Carlos. *El daño, Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 1998, P 129.

<sup>167</sup> Principio de tercero excluido Aristóteles: “Según este principio, si {A es x} → {A no es no-x}; o sea, es imposible que un atributo pertenezca y no pertenezca al mismo sujeto”. BUSTAMANTE ZAMUDIO, Guillermo. *Los tres principios de la lógica aristotélica: ¿son del mundo o del hablar?/The Three Principles of the Aristotelian Logic Are they from the world or from the speech?*, Facultad de Humanidades, Folios, Segunda época, No 27, Primer semestre de 2008 P. 24-30

<sup>168</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Ob. Cit., P. 383.

de causalidad, no de daño, entre otras porque la pérdida de oportunidad genera unos daños que se derivan en perjuicios.

De igual forma, la pérdida de oportunidad *“puede plantearse cuando haya dejado de demostrarse la causalidad física o, lo que es lo mismo, cuando no se haya acreditado que el hecho ilícito fue condición necesaria de la pérdida del beneficio esperado”*<sup>169</sup>

En suma, la pérdida de oportunidad aparece cuando el nexo causal es difuso frente al daño, en consecuencia se puede afirmar que la pérdida de oportunidad es una técnica que permite la reparación del daño aun cuando no este demostrada su causalidad, lo que permite que los postulados de reparación a la víctima puedan materializarse ya que aligera la carga probatoria de la víctima frente a la reparación del daño sufrido tal como ocurre por ejemplo en la responsabilidad medica en donde el principio *res ipsa loquitur*<sup>170</sup> tiene fuerza normativa.

De igual manera:

*“La dificultad de la prueba del nexo causal en los procesos de responsabilidad civil médico-sanitaria, (...) en estos casos la prueba directa de la relación de causalidad, con frecuencia, no es posible, dado que la probabilidad de que el daño obedezca a las condiciones preexistentes del paciente impide alcanzar el umbral de convicción establecido por los diferentes ordenamientos jurídicos y que oscila, con carácter general, entre el 50% para asuntos civiles ordinarios en los ordenamientos jurídicos del Common Law (Preponderance of*

---

<sup>169</sup> MEDINA ALCOZ, Luis. Ob. Cit. P. 87  
ACOSTA-MADIEDO, Carolina Deik. *Responsabilidad médica: elementos, naturaleza y carga de la prueba*. Revista de Derecho Privado Universidad de la Universidad de los Andes. No. 43, Bogotá D.C: Editorial Universidad de los Andes 2010, P. (NO FIGURA)

*Evidence) y el 100% o porcentajes cercanos en los ordenamientos jurídicos del derecho continental*<sup>171</sup>

De igual modo, las presunciones de responsabilidad alivian esta carga, igual sucede con la carga dinámica de la prueba y el principio *res ipsa loquitur* (conceptos estos que serán tratados en un capítulo posterior). Convenga con decir que son mecanismos cuyo fin primordial es la protección de la víctima de los daños o sujeto pasivo de la responsabilidad, en razón a que la relación causal de los fenómenos resulta en extremo difícil para la parte que pretende una reparación.

Ahora bien, para entender la noción de carga dinámica el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil señala que: “(...) *Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen* (...)”<sup>172</sup>. En palabras simples, esta norma señala que las partes, si aspiran sacar adelante cada una de sus pretensiones y excepciones, o su defensa en general, puede aportar las pruebas necesarias que permitan demostrar los hechos y efectos jurídicos contemplados en la norma. Esta norma, es el fundamento legal de la carga de la prueba en nuestro ordenamiento jurídico.

#### 4. CAPÍTULO IV: DEL RÉGIMEN PROBATORIO Y LA INDEMNIZACIÓN EN LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD.

*(...) la medida del daño se aplica de la forma siguiente: Se parte de la esfera del interés afectado, determinada por los límites del contenido del daño según los elementos que lo integren (daño directo, indirecto, regular, previsible, emergente,*

<sup>171</sup> LUNA YERGA, Álvaro. *Oportunidades Pérdidas*, Universitat Pompeu Fabra. P.2. 2005, consultado en [www.indret.com](http://www.indret.com)

<sup>172</sup> Artículo 177 del Código de Procedimiento Civil de Colombia.

*lucro cesante, presente, futuro), así como si ha concurrido un hecho culpable del perjudicado o de compensación de lucro con daño, o disminución del daño por la acción del perjudicado o bien del beneficio.*<sup>173</sup>

Adriano de Cupis

#### 4.1. FINALIDAD DE ESTE CAPÍTULO

En los capítulos anteriores, se ha explicado las diferencias que surgen a la hora de considerar a la pérdida de la oportunidad como un criterio autónomo del daño y por otro parte como una teoría especial de causalidad que se presenta cuando el nexo causal es difuso. Sin embargo, en el presente capítulo dichas diferencias aumentaran en la medida en que se indique lo ateniende el régimen probatorio y al quantum indemnizatoria cuando se aplica la teoría de la pérdida de la oportunidad. Por lo tanto, el objetivo primordial de este capítulo es exponer las distintas teorías acerca de la forma de cómo se debe acreditar la pérdida de la oportunidad y de igual manera la forma en la cual se debe tasar el daño, tema que resulta ser sumamente complejo y de lejos poco pacífico dentro de las distintas jurisdicciones y posesiones doctrinales dentro de la literatura especializada del derecho de daños o responsabilidad civil.

#### 4.2. RÉGIMEN PROBATORIO

El problema probatorio de la pérdida de la oportunidad resulta claro en un ejemplo expuesto por el jurista Micheal Moore:

*“Supóngase que un agente destruye intencionalmente un salvavidas de un remolcador que navega en el mar. Si un miembro de la tripulación cae al agua y se ahoga, ¿Fue una condición necesaria de su muerte el acto del imputado de destruir el salvavidas? Si el*

---

<sup>173</sup> DE CUPIS, Adriano. El daño, Teoría general de la responsabilidad civil, Barcelona: Editorial Bosch, 1970, pág. 332

*salvavidas hubiera estado allí ¿alguien podría haber pensado en usarlo; haberlo arrojado a tiempo; haberlo arrojado a la distancia suficiente; haber conseguido que llegara lo suficientemente cerca de la víctima como para que está lo alcanzara? Con frecuencia, acreemos de la información precisa que nos permitiría verificar si el acto intencional del imputado marcó, en tal sentido, una diferencia<sup>174</sup>”.*

Por lo tanto, es menester aclarar lo siguiente: i) la teoría de la pérdida de la oportunidad se advierte cuando hay un escenario de incertidumbre causal, es decir, cuando la relación de correspondencia entre la conducta del agente y el daño no resulta ser directa a primera vista, y ii) esta teoría no permite dar paso a la indemnización debido a la dificultad probatoria de establecer con certeza el nexo causal.

En este sentido: *“El conocimiento de los hechos se fundamenta, pues, en la probabilidad, no en la absoluta certeza, lo que significa que siempre cabe la discrepancia entre lo efectivamente acaecido y lo efectivamente demostrado<sup>175</sup>”*

Así las cosas, esta teoría es aplicada con el fin de evitar caer en el aforismo del *todo y la nada*, según el cual sí en el desarrollo del proceso se acredita de manera directa la existencia del nexo de causalidad y el juez se encuentra convencido de ello, se procederá a declarar una indemnización total. Asimismo, si con base en el contenido del acervo probatorio, el juez no encuentra certeza de la existencia del nexo causal, no se condenará a pagar indemnización alguna.

Al respecto advierte el profesor Enrique Gil Botero que:

*(...) A modo de ejemplo, adviértase el giro en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés que en providencia del 21 de diciembre*

---

<sup>174</sup> MOORE, Michael, *Causalidad y responsabilidad*, Editorial Marcial Pons, Colección filosofía y derecho, Madrid, 2011. Pág. 141.

<sup>175</sup> MEDINA, Luis, *Teoría de la pérdida de la oportunidad*, Civitas, Madrid, 2007.pág. 81.

*de 2007, Sección Contenciosa -en un claro acercamiento a la posición fijada por la Corte de Casación de ese país-, abandonó el criterio del todo (tout) o nada ( rien) al momento de definir el monto indemnizatorio a partir del cual se debe reparar la pérdida de la oportunidad (chance perdue o perte d` une chance), para adoptar un sistema consistente no en la reparación de la totalidad del daño corporal padecido, sino en el pago de la suma que se derivará de la tasación de una fracción del daño corporal determinado en función a la amplitud de la pérdida de la oportunidad padecida<sup>176</sup>*

Esta teoría implica analizar la pérdida de la oportunidad como un criterio jurídico en sede del nexo causal, en virtud de la cual el nexo de causalidad es difuso debido a que se encuentra supeditado a una posibilidad de la cual se deriva un daño incierto. En otras palabras, uno de los requisitos para que exista responsabilidad es la existencia del daño, pero en este específico escenario jurídico donde el nexo causal es difuso, dicho daño es incierto dado que depende de un porcentaje de probabilidad de su causación. Al respecto esta teoría propone realizar un cálculo de probabilidades, el cual demostrara que en efecto la conducta del agente le cerceno a la víctima la posibilidad de obtener una ventaja patrimonial o de evitar una pérdida, es decir, la pérdida de la oportunidad como teoría especial de causalidad pretende aclarar el nexo de causalidad que en principio era difuso.

Papayannis expone lo siguiente acerca entre la probabilística y la causalidad (versión tradicional vs. Probabilidad incremental):

*“La visión estándar o tradicional se apoya en la fuerte intuición de que las altas probabilidades parecen tener poder explicativo. Mientras más alta sea la probabilidad contenida en la generalización estadística, más fuerza tendrá la explicación. No obstante, si nos dijese que fumar incrementa en un 10 por 100 la probabilidad de contraer cáncer de pulmón, difícilmente podríamos explicar el cáncer*

---

<sup>176</sup> Gil Botero, Enrique, *Responsabilidad extracontractual del Estado*, Ed. TEMIS S.A., sexta edición Bogotá D.C., 2013

*de Xenofonte por el hecho de que fuma, por que conforme con la visión tradicional, la generalización estadística es muy baja para explicar el cáncer. Podemos ahora dudar de si las altas probabilidades son el único modo en modo en que las probabilidades se relacionen con la explicación causal. Un modo alternativo es el sugerido por autores como Patrick Suppes o Wesley Salmon. Más allá de las cuestiones de detalle en cada concepción, o cómo han variado a lo largo del tiempo, lo esencial de esta visión, que podemos denominar incremental, es que define la causa como una condición que hace más probable el resultado que se pretende explicar. Las causas, en otras palabras, incrementan las probabilidades de que un resultado tenga lugar. .... Este modelo a diferencia del tradicional, no exige que las probabilidades que forman parte de la generalización estadística correspondan a clases homogéneas.<sup>177</sup>*

Y es que el hecho de que el nexo causal sea difuso o que no exista una probabilidad de un cien por ciento de certeza no significa en lo absoluto que la pérdida de la oportunidad sea algún tipo de daño especial como lo aseveran autores como Francois Chabas que aducen que: *“La pérdida de la oportunidad (“chance”) es una forma especial de perjuicio. Lo que le da especificidad a este asunto es que el perjuicio no es la pérdida de una “ventaja esperada” (sobrevivir, ganar un proceso judicial) sino la pérdida de la oportunidad de obtener esa ventaja que se espera<sup>178</sup>”*.

Se debe tener en cuenta que en aras de alcanzar el objetivo de esta teoría, es de especial importancia valerse del cálculo de probabilidades para dilucidar el nexo causal. Dado que: *“La doctrina de la pérdida de la oportunidad se emplea en supuestos de estricta incertidumbre causal<sup>179</sup>”*. Por consiguiente, no puede olvidarse que uno de los requisitos de la teoría de la pérdida de la oportunidad

---

<sup>177</sup> Papayannis, Diego, *Compresión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, Editorial Marcial Pons, Colección filosofía y derecho, Madrid, 2014. Pág. 113.

<sup>178</sup> Chabas, Francois, “La pérdida de una oportunidad (Chance) en el derecho francés de responsabilidad”, en *Revista de Responsabilidad Civil y del Estado (larce)*, Número 33, septiembre de 2012, pp. 23-44.

<sup>179</sup> MEDINA, Luis, *Teoría de la pérdida de la oportunidad*, Civitas, Madrid, 2007. pág. 81.

es su estrictez o exactitud, la cual hace referencia a que la incertidumbre del nexo causal debe superar un umbral mínimo de probabilidades de modo que se puede abordar con seriedad el análisis de la probabilidad y no puede alcanzar un umbral máximo de probabilidad porque de lo contrario estaríamos frente a la prueba de la causación del daño.

Frente a lo anterior, el doctrinante Medina Alcoz, indica que:

*(...) cuando la probabilidad no es insignificante, pero tampoco alta, es decir, cuando las posibilidades de que la víctima hubiera conseguido la ventaja son serias y reales, pero insuficientes para tener por cierto el hecho causal, la víctima puede tener derecho a un resarcimiento (parcial) en concepto de chance irreversiblemente sacrificada<sup>180</sup>*

Sin embargo, ¿por qué afirmamos con severidad que el nexo causal solo puede aclararse mediante el cálculo de probabilidades? Con el fin de dar respuesta a esta pregunta, es menester tener en cuenta que la relación entre la conducta del agente y ese eventual daño al no ser certera, requiere que se acredite, es decir, el nexo de causalidad en este específico escenario jurídico es el tema de la prueba. No obstante, afirmar lo anterior constituye un grave error porque el objeto de la prueba es acreditar la existencia de un hecho o no, en este caso la existencia de dicho nexo causal. Por consiguiente, dicha prueba sería diabólica en virtud de su imposibilidad ya que si fuera posible acreditar la existencia del nexo causal de manera certera, no tendría lugar la teoría especial de causalidad de pérdida de la oportunidad.

En este orden de ideas, como no se puede acreditar la existencia del nexo de causalidad con total seguridad, corresponde acreditar cual es la probabilidad de que con el actuar del agente, la víctima hubiera perdido una posibilidad de obtener una ventaja patrimonial o de evitar otra igual. Es decir, se debe

---

<sup>180</sup> MEDINA, Luis. *La teoría de la pérdida de la oportunidad*, Thomson-Civitas, 2007 págs. 87 a 89.

demostrar en estricto sentido cual es el porcentaje de una probabilidad, lo cual solo puede acreditarse mediante un cálculo de probabilidades.

Con todo y lo anterior la teoría de la causalidad probabilística no está ausente de críticas, por ejemplo Diego Papayannis establece que: “(...) *la causalidad probabilística, implícita en todo juicio de eficiencia, tiene un carácter prospectivo que es incompatible con la estructura retrospectiva del razonamiento jurídico en materia de responsabilidad civil.*”<sup>181</sup>”

Así las cosas, la aplicación de la teoría de la pérdida de la oportunidad rompe un paradigma del derecho probatorio en relación a la valoración de la prueba y su objeto. Al respecto, Medina Alcoz precisa que:

*La teoría del chance entraña una transformación más profunda, pues en ella la probabilidad deja de ser un método de valoración de la prueba y se convierte en el objeto mismo de la prueba. Se está, ante una doctrina que resuelve el conflicto entre el cómo se prueba y el qué se prueba a que conduce la teoría clásica de la causalidad e hipótesis de incertidumbre*<sup>182</sup>

De lo anterior, se puede sustraer que la probabilidad es la prueba en sí misma para este escenario jurídica en particular. De esta manera, el estándar probatorio que debe tener el juez va a variar. Al respecto, los estándares de la prueba buscan “*instruir al juzgador de los hechos sobre el grado de confianza que la sociedad cree que él debería tener sobre la verdad de las conclusiones fácticas para un tipo en particular de decisión*”<sup>183</sup>. Así las cosas, ya no es conditio sine qua non que el juez tenga pleno convencimiento para fallar, sino que basta con que encuentre una causa probable para hacerlo.

---

<sup>181</sup> PAPAYANNIS, Diego, *Causalidad y atribución de la responsabilidad*, Editorial Marcial Pons, Colección filosofía y derecho, Madrid, 2014.pág 15.

<sup>182</sup> MEDINA ALCOZ, Luis, *Hacia una nueva teoría de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual: La doctrina de la pérdida de las oportunidades*. Revista de responsabilidad civil y seguro de la Universidad Complutense de Madrid. 2007, Madrid

<sup>183</sup> In re Winship, 370, 1073.

Es así como:

*“La teoría de la chance habilita una indemnización cuando, no habiéndose podido demostrar el lazo causal, se acredita que eran serias o considerables las probabilidades de que, de no haber mediado el hecho ilícito, la víctima habría obtenido un beneficio, utilidad o ventaja. Lo que caracteriza esencialmente a la oportunidad pérdida como específico concepto dañoso es la combinación de una certidumbre y una incertidumbre; la certidumbre de que estaba fundada la posibilidad de conseguir la ventaja y la incertidumbre de que está se hubiera conseguido de no haber intervenido el hecho ilícito.”<sup>184</sup>*

En este sentido la causa probable hace referencia a:

*La interpretación judicial de la Cuarta Enmienda de la Constitución estadounidense. Brevemente y muy aproximadamente, hay causa probable <<cuando los hechos conocidos y las circunstancias son suficientes para garantizar a un hombre de prudencia razonable la creencia de que encontrara los bienes objeto de contrabando o las pruebas de un delito>><sup>185</sup>*

Ahora bien, aterrizando esta noción de causa probable a la materia estudiada, resulta pertinente advertir que la causa probable es un estándar probatorio que permite brindarle un grado inferior de convencimiento al juez, pero que genera tanto impacto que en virtud de dicha causa cualquier hombre prudente es capaz de afirmar la existencia de un hecho o no.

Entonces, en razón a la teoría de la pérdida de la oportunidad, se busca morigerar el grado de convencimiento que debe tener el juez para fallar toda vez que estamos en presencia de una dificultad probatoria. Lo anterior teniendo

---

<sup>184</sup> MEDINA, Luis, *Teoría de la pérdida de la oportunidad*, Civitas, Madrid, 2007.pág. 81.

<sup>185</sup> Illinois v. Gates, 462 U.S. 213, 238 (1983); véase también en Orleans v. United States, 517. U.S. 690.696. (1996)

en cuenta que la oportunidad pérdida se basa en hipótesis de incertidumbre causal intrínseca, es decir, *“un juicio causal en el que la víctima ha proporcionado informaciones disponibles, sin que éstas hayan podido despejar las dudas en torno a si el agente (posiblemente) dañosos causó la lesión”*<sup>186</sup>.

De igual manera, lo anterior se fundamenta en el plano sociológico ya que por circunstancias físicas el juez se encuentra imposibilitado de obtener un pleno convencimiento; empero, esto no da paso para creer que el juez puede fallar indemnizando por el total del eventual daño o no indemnizar ya que esta situación generaría un dislate en el ordenamiento jurídico de conformidad con lo expresado en el anterior capítulo. Contrario sensu, la teoría de la pérdida de oportunidad propone que cuando el nexo causal se torne difuso, el estándar probatorio que aplique no sea el pleno convencimiento, sino la causa probable.

En este orden de ideas, la teoría de la pérdida de lo oportunidad hace referencia a que la prueba idónea para acreditar la existencia del nexo de causalidad será un cálculo de probabilidades; claro está, el ejercicio de acreditar no arrojará un 100% de certeza por lo explicado anteriormente. Al respecto el doctrinante Javier Tamayo Jaramillo, indica que:

*Ahora, pese a ese principio general que exige al demandante probar el nexo causal, nuestros máximos tribunales (...) acudiendo al buen sentido y a la equidad, estiman que la citada prueba no tiene que ser absoluta, y que por el contrario, el juez debe acudir a criterios prácticos para afirmar o negar la existencia de este requisito*<sup>187</sup>

Con base en lo anterior, se logra evidenciar dos aspectos: i) la prueba del nexo de causalidad no necesariamente debe ser absoluta, lo que reafirma la tesis manifestado a lo largo de este capítulo, y ii) si bien el juez acude a su buen juicio y a la equidad para determinar que dicha prueba no debe ser absoluta,

---

<sup>186</sup> MEDINA, Luis, *Teoría de la pérdida de la oportunidad*, Civitas, Madrid, 2007.pág. 81.

<sup>187</sup> Tamayo Jaramillo Javier, tratado de responsabilidad civil, tomo I, 2013, Bogotá. pág. 254

no significa que el juez a partir de su discrecionalidad presuma la existencia del nexo de causalidad.

Al respecto, existen autores que consideran que la pérdida de la oportunidad es una presunción legal (*iuris tantum*) cuestión que no es compartida por nosotros pero que se expone a continuación:

*“Luis Medina configura la teoría de la pérdida de la oportunidad como un remedio resarcitorio que se articula través de una técnica de facilitación probatoria. Y ciertamente pocas objeciones cabe poner a esta caracterización, porque así es: es verdad que el objetivo de esta doctrina es procurar algún resarcimiento en ciertas situaciones de incertidumbre y es verdad también que allí donde es aplicable la prueba de la causalidad resulta aliviada, pues lo que la víctima debe probar no es que el comportamiento del agente causó el daño sino tan sólo que fue la causa de que se perdiera una oportunidad significativa de evitarlo. Ahora bien, conviene puntualizar está última afirmación. El hecho de que la doctrina de la pérdida de la oportunidad sea una técnica de facilitación probatoria no significa como parece en cambio colegirse del planteamiento de Luis Medina que allí donde funciona se esté dando por acreditada o probada sin fundamento empírico alguno la existencia del nexo causal entre el comportamiento del agente y el daño producido. “Facilitación probatoria” no significa “ausencia de prueba”. Y que esto es así me parece que resulta visible si se opta por la que considero la reconstrucción más apropiada de la doctrina de la pérdida de la oportunidad: la que la concibe como una presunción iuris tantum<sup>188</sup>”.*

---

<sup>188</sup> GASCÓN, María y MEDINA, Luis, “¿Pueden declararse responsabilidades por daños sin la prueba del nexo causal? Debate en torno a la teoría de la pérdida de oportunidad”, en *Revista de Responsabilidad Civil y del Estado (larce)*, Número 30, febrero de 2012, pp. 109-177. GASCON, Marina. *La pérdida de la oportunidad, responsabilidad, causalidad*. pág. 295. Colección Conmemorativa Revista Responsabilidad y del Estado-20 años, t. VII Ediciones 29-32.

Frente a la concepción de la teoría de la pérdida de la oportunidad como una regla de carácter presuntivo, el profesor Luis Medina hace los siguientes comentarios:

*“...en mi opinión, no resulta tampoco fácilmente aceptable la justificación de la regla presuntiva. Hay que tener en cuenta, en primer lugar, que su formulación se atiene a un concepto sustantivado (ontológico) de oportunidad pérdida que, según hemos visto, debe rechazarse. Por eso entiendo que su formulación más sería: si resulta acreditada una probabilidad causal que supera un estándar mínimo de seriedad sin superar el máximo de certidumbre; y no está probado que el daño se debiera a otras causas; entonces debe presumirse que (o sea debe actuarse “como si” estuviese probado que) el daño fue causado por la actuación incorrecta del agente. Pero esta presunción legal no está formulada como tal en las normas que acogen la doctrina de la pérdida de la oportunidad, cuya estructura es mucho más sencilla: el supuesto de hecho es la apreciación de la incertidumbre causal (probabilidad causal intermedia que sólo supera el estándar mínimo indicado); y la consecuencia jurídica es el libramiento de una indemnización proporcionada (al grado de probabilidad causal), sin que en ningún momento se obligue al juzgador a afirmar la existencia de causa, sino sólo la posibilidad de su existencia. Y es que, a mi modo de ver, la explicación de la doctrina de la chance en términos de presunción legal resulta un tanto forzada<sup>189</sup>”.*

#### 4.2.1. QUÉ SE PRUEBA EN LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD

La teoría de la pérdida de la oportunidad tiene un símil con la prueba en la responsabilidad médica. No obstante, en la anterior, la carga de la prueba sufre

---

<sup>189</sup> GASCÓN, María y MEDINA, Luis, “¿Pueden declararse responsabilidades por daños sin la prueba del nexo causal? Debate en torno a la teoría de la pérdida de oportunidad”, en *Revista de Responsabilidad Civil y del Estado (larce)*, Número 30, febrero de 2012, pp. 109-177. GASCON, Marina. *La responsabilidad proporcional como respuesta a la incertidumbre causa: ¿Problema de daño, de causa o de prueba.* pág. 331. Colección Conmemorativa Revista Responsabilidad y del Estado-20 años, t. VI/ Ediciones 29-32.

una inversión dado que en este escenario en particular, los extremos de la litis se encuentran en una relación asimétrica toda vez que para el paciente resulta casi que imposible tener los conocimientos para acreditar la existencia del hecho técnico o científico. Por lo anterior, el legislador decidió invertir la carga de la prueba que en principio se encontraba en cabeza de quien demandaba, es decir, de los pacientes y dejarla a cargo del demandado quien sí posee los conocimientos y medios para acreditar estos hechos.

Asimismo, si el demandado no logra desvirtuar los hechos en que se fundan las pretensiones del paciente, y se encuentra un error o falla en la prestación del servicio médico, se presumirá que la conducta del médico ocasiono el daño.

En sentido contrario, la teoría de la pérdida de la oportunidad no implica la inversión de la carga de la prueba, sino que en lugar de ello maneja la tradicional carga de la prueba en sentido estático, es decir, quien afirma es el llamado a probar. La otra diferencia entre la teoría de la pérdida de la oportunidad y la responsabilidad médica consiste en que no se presume la existencia del nexo de causalidad si existe una falla en el servicio. Esta teoría especial de causalidad propone que se pruebe la mera posibilidad que existe frente a que la conducta del agente y la producción del daño incierto. En otras palabras, no se presumirá nada, meramente se acreditara el porcentaje de probabilidad en relación a que la conducta del agente le hubiere cercenado una posibilidad a la víctima de tener una ventaja patrimonial o de evitar una pérdida.

Por ejemplo, si X se encontraba en camino para asistir a una competencia en donde solo participaban tres atletas y quién ganará se haría acreedor de la suma de diez millones de pesos. Empero, justo antes de entrar a competir X sufre un fuerte dolor de estómago y luego se encuentra que sufrió una intoxicación causada por un alimento que se encontraba en estado de descomposición, lo que impide que X participara y en efecto no sabemos si X

hubiera ganado o no dicho premio. El dictamen médico estableció que la intoxicación se produjo debido a un alimento que X consumió ese día. Pero ese día X solo consumió alimentos en su casa y los suministrados por los organizadores.

Frente al caso en particular, el nexo de causalidad entre la conducta de los organizadores (suministrar alimentos) y el eventual premio que dejó de recibir X (daño incierto) no es directo sino difuso puesto que no sabemos si de no haber mediado el hecho de los organizadores, X hubiera podido competir. Entonces corresponde determinar cuál es el porcentaje de probabilidades de que X hubiera competido sino hubiera mediado la conducta de los organizadores.

Supongamos que se demostró que con el transcurso natural de los acontecimientos, existía una posibilidad latente del 20% de que X no hubiera podido competir. Siendo así, implica que la conducta de los organizadores repercutió en un 80% en el cercenamiento de la oportunidad que tenía X de ganar la competencia y por consiguiente del premio de diez millones.

En este sentido, se acreditó que el nexo de causalidad entre la conducta y el eventual daño equivale al 80%, esto es, se logró dilucidar el nexo de causalidad. Ahora bien, pese a que el 80% es un porcentaje significativo, esto no da pábulo para presumir la existencia del porcentaje restante ya que no se puede desconocer que con base en las probabilidades, talvez el agente no hubiera producido ese daño incierto.

Es importante distinguir entre el porcentaje de probabilidad de que la conducta hubiera cercenado la ventaja de obtener una ventaja patrimonial y la posibilidad de que la víctima hubiera obtenido dicha ventaja patrimonial. En el caso analizado, X tenía una posibilidad del 33% de obtener dicha ventaja patrimonial y por otro lado, mediante el cálculo de probabilidades se demostró que la conducta de los organizadores le arrebató en un 80% a X la oportunidad de participar en la competencia.

Al respecto, Javier Tamayo Jaramillo precisa que:

*Sin embargo, la jurisprudencia, acudiendo más bien a la equidad y a la indemnización punitiva, considera que en estos casos el simple hecho de la pérdida de la oportunidad de obtener un beneficio o de evitar un daño, genera la responsabilidad del causante de tal pérdida, en cuyo caso la indemnización se determina con base en el número de probabilidades que tenía la víctima de obtener el beneficio o de evitar el perjuicio si el demandado no lo hubiera privado de esa oportunidad.<sup>190</sup>*

Así las cosas, se logra observar la tesis tradicional pregonada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia colombiana en el sentido en que se afirma que la pérdida de la oportunidad se considera como un daño autónomo. Claro, a primera vista parece que la anterior cita estuviera en concordancia con lo explicado, empero, si se analiza pormenorizadamente, se advierte que el cercenamiento de una posibilidad genera *per se* que se produzca responsabilidad, y el quantum indemnizatorio es el que resulte de analizar cuáles eran las posibilidades que tenía la víctima de obtener una ventaja patrimonial o evitar un daño si no hubiere mediado la conducta del agente. Por consiguiente, estos supuestos son diferentes a los que defiende la tesis de la pérdida de la oportunidad, ya que no se supone la existencia de un nexo de causalidad, sino que éste debe dilucidarse mediante un cálculo de probabilidades y respecto al quantum indemnizatorio, éste dependerá de una conjugación de diversas probabilidades. De este aspecto, nos ocuparemos más adelante.

La doctrina tradicional, si bien tiene en cuenta la indemnización integral, se olvida de la prueba misma del nexo causal. Generalmente, se afirma que con el objetivo de evitar condenar al demandado a pagar la totalidad de la ventaja patrimonial a la que no pudo acceder la víctima debido a la conducta del

---

<sup>190</sup> Tamayo Jaramillo Javier, tratado de responsabilidad civil, tomo I, pág. 287.

agente y en aras de proteger a la víctima de que no se le reconozca suma alguna debido a la dificultad probatorio, la doctrina y la jurisprudencia optaron por indemnizar el porcentaje equivalente a las verdaderas posibilidades que tenía la víctima de obtener una ventaja patrimonial o de evitar una pérdida.

En este sentido, sí la víctima se hallaba en circunstancias en las cuales podía obtener dos millones de pesos, pero realmente solo tenía en ese momento las posibilidades del 50% de obtener dicha ventaja patrimonial, debería entonces condenarse al agente al pago del 50%, es decir, a indemnizar un millón de pesos.

Empero, al ser así se pasa por alto la prueba que acredita el nexo de causalidad dado que no se sabe si la conducta del agente generó ese daño incierto o no. Tradicionalmente, basta con que la víctima tenga una posibilidad de obtener una ventaja patrimonial o de evitar una pérdida, por lo cual operara la responsabilidad. Así las cosas, la doctrina tradicional sostiene que:

*No obstante, la doctrina tradicional, que nosotros compartimos, afirma que, mientras no aparezca la prueba de la imposibilidad de ese nexo causal, es indudable que el demandante tenía alguna probabilidad, así sea imposible de establecer, de no sufrir el daño o de obtener el beneficio*<sup>191</sup>

Por otro lado, cuando frente a la conducta del agente no es posible tener certeza de que ésta haya generado un daño, nos encontramos en presencia de la teoría especial de causalidad denominada la pérdida de la oportunidad, en virtud de la cual la causalidad debe ser probabilística en aras de evitar caer uno de los dos extremos de la justicia correctiva, es decir supra-indemnizar o infra-indemnizar. Cuando estamos frente a este especial escenario jurídico, advertimos que existe un daño incierto toda vez que la conducta del agente al no ser la única causa de dicho daño o por lo menos no causa directa, no es

---

<sup>191</sup> Tamayo Jaramillo Javier, tratado de responsabilidad civil, tomo I, [pág. 287](#).

posible determinar en qué porcentaje la conducta del agente lesionó ese interés jurídico tutelado por el ordenamiento jurídico.

#### 4.2.2. PRUEBA DEL NEXO CAUSAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA, MEDIANTE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD.

Al respecto es importante precisar que la teoría de la pérdida de la oportunidad al proponer dilucidar el nexo causal que es difuso, permite establecer la relación de correspondencia directa entre la conducta y el daño incierto, dicho daño puede ser extra patrimonial o patrimonial, dentro de este último puede ser en la modalidad de lucro cesante o de daño emergente. Cuando el agente priva a la víctima de la oportunidad de obtener una ventaja, pero ésta no es de índole patrimonial, generalmente, se hace referencia a la responsabilidad médica ya que se privó al paciente de la posibilidad de recuperarse o de vivir.

Así las cosas, la responsabilidad médica en estricto sentido se ubica en un escenario donde el nexo causal es difuso, más sin embargo, no se aplica la teoría de la pérdida de la oportunidad porque allí opera la institución de la imputación objetiva mediante la falla del servicio, es decir, si el médico actúa de manera culposa al no seguir un determinado procedimiento, se presume que la conducta del médico ocasionó la producción del daño. También existe una semejanza con la teoría de la pérdida de la oportunidad en la medida en que el daño es incierto ya que no se sabe a ciencia cierta si la conducta del médico necesariamente le cercenó al paciente la posibilidad que tenía de recuperarse o de vivir. Pero por qué razón no se utiliza la teoría de la pérdida de la oportunidad si existe una dificultad para determinar el nexo causal.

En materia de responsabilidad médica en algunas ocasiones se aplica de la teoría de la pérdida de oportunidad y en otras ocasiones no es así toda vez que se realiza la imputación objetiva debido a la falla presunta. *“la verdadera teoría de la pérdida de la oportunidad se produce cuando se demuestra que el médico cometió una culpa que causó el daño, pero el médico alega que el*

*paciente de todas maneras hubiera podido morir, así no hubiese existido dicha culpa.*<sup>192</sup>

Así las cosas, se observa que la aplicación de la teoría de la pérdida de la oportunidad solo aplica cuando existen posibilidades que impiden imputarle el daño de manera vehemente a la conducta del médico. Cuando así es, la prueba que permite realizar una aproximación a la existencia o no del nexo de causalidad será un cálculo de probabilidades. Con base en esta prueba, ahora la probabilidad no será el instrumento que el juez realice para la valoración de las pruebas como sucede con los indicios, sino que la probabilidad será la prueba misma.

No obstante lo anterior, aunque en algunas ocasiones en materia de responsabilidad médica se aplica la teoría de la pérdida de la oportunidad, ésta no es aplicada de manera adecuada ya que el estudio de posibilidades se realiza para determinar el quantum indemnizatorio y no para realizar una aproximación a la existencia del nexo causal.

La doctrina y la jurisprudencia colombiana pasan por alto la prueba del nexo de causalidad, lo cual sin lugar a dudas es algo inconcebible ya que si no hay un nexo de causalidad o por lo menos no existe una aproximación a éste como lo propone la teoría especial de causalidad denominada la pérdida de la oportunidad, no se tendría certeza si el daño es imputable o no a la conducta cometida por un agente. Por consiguiente la pérdida de la oportunidad en responsabilidad médica, soslaya la acreditación del nexo de causalidad, lo cual implica que los fallos carecerían de sustento jurídico.

#### 4.2.3. CÓMO ACREDITAR EL NEXO CAUSAL EN LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD.

---

<sup>192</sup> Tamayo Jaramillo Javier, tratado de responsabilidad civil, tomo I, pág. 287.

Como muy bien lo ha delineado Diego Papayannis, acerca de las probabilidades en la prueba de causalidad:

*“En lo anterior, he negado que las probabilidades guarden con la causalidad jurídica el tipo de relación constitutiva que el AED requiere. Ello no supone negar también que desempeñen algún tipo de papel en la aceptabilidad de los enunciados causales. Un juicio de causalidad singular depende de la verdad de ciertos hechos referidos a la instanciación en el caso concreto de las condiciones antecedentes y el consecuente de una ley general. ... Por las características propias de todo proceso judicial, los enunciados causales, al igual que cualquier enunciado fáctico, solo pueden ser confirmados con un grado de probabilidad y no de certeza.”<sup>193</sup>*

Por lo tanto, en primer lugar, es de especial importancia hacer hincapié en que la carga de la prueba en su sentido estático se encuentra en quien pretende la indemnización, por lo cual en ningún sentido afirmamos que la teoría de la pérdida de la oportunidad sirve de óbice para permitir que se traslade la carga de probar ya sea desde un punto de vista de la inversión de la carga de la prueba o la carga probatoria en sentido dinámico.

En lugar de ello, quien sufrió un daño incierto debe acreditar la posibilidad en sí misma de que el agente con su conducta le cercenó una posibilidad que tenía de obtener una ventaja patrimonial o de evitar una pérdida. Al respecto, advierte el profesor Enrique Gil Botero lo siguiente:

*La pérdida de la oportunidad sirve como un instrumento para determinar en qué porcentaje contribuyó una omisión o una acción en la producción de un puntual daño antijurídico (muerte o lesiones), el cual no puede ser indemnizado al ciento por ciento, puesto que, en estos casos, es claro que la conducta de la administración sanitaria*

---

<sup>193</sup> Papayannis, Diego, Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual, Editorial Marcial Pons, Colección filosofía y derecho, Madrid, 2014. Pág. 113.

*no es la causa directa del daño, lo cual no puede traducirse en indemnización plena*<sup>194</sup>

Lo anterior, evidencia que en materia de responsabilidad médica lo que se pretende realizar es acreditar en que porcentaje la conducta del agente contribuyó a la causación del daño. En este sentido, el objetivo de la teoría de la pérdida de la oportunidad al acreditar dicho porcentaje, permite que el daño le sea imputado al agente respecto a ese porcentaje.

La prueba del nexo causal difuso en aplicación de la teoría de la pérdida de la oportunidad, en ningún caso podrá ser decretada ni practicada de oficio ya que eso implicaría que el juez es el encargado de suplir la negligencia probatoria en que incurran las partes. Con fundamento en la naturaleza probatoria de esta prueba, se observa que en caso de cumplir con la carga probatoria, el juez deberá declarar el sucedáneo de prueba, es decir, fallar en contra de quien tenía la carga probatoria.

En este orden de ideas, quien pretende el reconocimiento de una indemnización por concepto de la vulneración de un daño que es incierto, con base en afirmado líneas arriba, deberá en las oportunidades probatorias aportar o solicitar un dictamen pericial. En este aspecto se debe tener en cuenta que el medio de prueba dictamen de pericial, corresponde a un medio de prueba de parte toda vez que la finalidad del mismo es acreditar los hechos en que la parte sustenta sus pretensiones o excepciones según sea el caso.

El dictamen pericial, consistirá en un cálculo de probabilidades frente a la conducta del agente hubiera cercenado la posibilidad que tenía la víctima de obtener una ventaja patrimonial o evitar una pérdida, es decir, determinar en qué porcentaje la conducta del agente influyó en que la víctima perdiera la oportunidad.

---

<sup>194</sup> Gil Botero, Enrique, *Responsabilidad extracontractual del Estado*, Ed. TEMIS S.A., sexta edición Bogotá D.C., 2013

Así las cosas, en el ejemplo que se mencionó anteriormente según el cual X no pudo competir debido a que sufrió una intoxicación la cual fue causada o por un alimento que fue suministrado por los organizadores de la competencia o por otro alimento; se advierte que existe una dificultad probatoria de determinar con absoluta certeza si la conducta de los organizadores fue la causa para X perdiera la posibilidad de competir en una carrera en donde podía hacerse beneficiaria de diez millones de pesos.

Frente a este ejemplo, supongamos que X solo ingirió dos alimentos, uno en su lugar de residencia y el otro que fue suministrado por los organizadores. Tiempo después con el dictamen médico se evidenció que la intoxicación que padeció X fue ocasionada por un producto lácteo. Sin embargo, los dos productos que X ingirió eran lácteos, por lo cual existe un 50% de posibilidades de que el producto que fue suministrado por los organizadores haya ocasionado que X no hubiera podido competir y por consiguiente es imposible determinar si en el evento en X hubiera competido si hubiera ganado el premio o no.

En este caso en concreto, el dictamen que rindió el médico se convierte en una evidencia que permite inferir el porcentaje de existencia del nexo causal en este evento. No obstante, para que esta evidencia deba ser considerada como un dictamen pericial, debe contener los requisitos propios de este medio de prueba. La prueba del nexo causal se da mediante este dictamen, el cual ejercerá un rol importante a la hora de determinar el quantum indemnizatorio.

#### 4.3. INDEMNIZACIÓN EN LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD

La responsabilidad es la obligación jurídica que surge a cargo de quien produjo el daño y la cual consiste en repararlo, es decir, el contenido de la obligación de responder es reparar el daño. Tal reparación debe ser integral ya que ésta es un principio de la responsabilidad en general en la que se aplica la ficción de

la retroactividad. Se busca que la víctima sea reparada de manera que cuente con los mismos intereses jurídicamente tutelados que tenía en el instante anterior de la ocurrencia del hecho dañoso.

Sobre el particular, el doctrinante Hernán Darío Velásquez Gómez sostiene que con la reparación integral se busca que:

*Se hace indispensable tener presente que la reparación debe ser integral, es decir, que no deje perjuicio sin satisfacer, sea que se haya producido en las personas o en las cosas, permitiéndose la utilización de sistemas de cálculo actuarial. Pero al mismo tiempo que ordena la reparación integra, dispone la ley que ella debe ser sustentada en la equidad. No se puede entonces, so pretexto de que la indemnización debe ser totalizadora, descuidar al respecto de equidad que funda toda indemnización<sup>195</sup>*

Por otro lado, se considera que existe reparación cuando es posible aplicar la ficción de la retroactividad de modo que la víctima quede en la condición que se encontraba en el instante anterior a la ocurrencia del hecho dañoso. Así las cosas, la reparación no es posible en el marco de la teoría de la pérdida de la oportunidad ya que uno de sus requisitos como se explicó en el capítulo anterior, es el cercenamiento de la oportunidad debe ser definitivo. Al ser así, es imposible que el agente repare a la víctima al ubicarlo de cara a esa misma oportunidad, de igual modo, es imposible revivir un hecho que ya feneció.

Cuando no es posible reparar, se debe restituir, es decir, darle a la víctima un bien jurídico con similares características al bien que se destruyó como consecuencia de la conducta del agente. Por ejemplo, si A destruyó el carro de B, y A no puede reparar ya que dicho carro por sus particularidades ya no es posible conseguirlo en el mercado, A tiene la posibilidad de cumplir con su obligación de responder si le restituye a B un carro de características similares.

---

<sup>195</sup> *Ibidem*

Sin perjuicio de lo anterior, restituir en la teoría de la pérdida de la oportunidad también resulta imposible ya que solo puede ser objeto de restitución los intereses jurídicos que sufrieron una lesión, es decir, solo se puede restituir los daños ocasionados. Y al ser así, se advierte que el daño es incierto, por lo cual no se puede restituir algo frente a lo cual no se tiene certeza.

En el mismo sentido, la oportunidad que ya fue cercenada al ser definitiva, no puede ser restaurada ya que la oportunidad en su naturaleza se encuentra supeditada al alea. De manera que re-crear las condiciones exactas en que la víctima tenía una oportunidad resulta inadmisibles toda vez que la posibilidad en sí misma nunca podrá ser la misma debido a que ésta depende de centenares de factores externos que no se pueden replicar. Por ejemplo si el agente le cercenó la oportunidad a la víctima de participar en una competencia en la cual tenía posibilidades de ganar, se debería replicar los factores del clima, el estado físico de los otros competidores, el estado de los instrumentos deportivos, etc.

En este orden de ideas, en aras de lograr una reparación integral en los eventos en que es aplicable la teoría de la pérdida de la oportunidad, se debe indemnizar o resarcir mediante el equivalente pecuniario. Al respecto, Hernán Darío Velásquez Gómez indica que:

*El deudor ha violentado su compromiso, y la ley viene en ayuda del acreedor para que le sea reparada la afectación que sufrió, que se concreta con la indemnización. Indemnizar significa resarcir. Al acreedor se le resarce el daño ocasionado. (...) La indemnización de perjuicios se traduce en dinero. No existe una norma específica en el código civil que hable exactamente de dinero, pero es claro que así debe ser<sup>196</sup>*

---

<sup>196</sup> Velásquez Gómez Hernán Darío, estudio sobre obligaciones, Ed Temis S.A. 2010. Bogotá D.C. Pág. 839.

Si se analiza la afirmación anterior de manera poco detallada, parecería que no es posible indemnizar cuando el nexo causal es difuso toda vez que no ha sido posible determinar el quantum del perjuicio al ser el daño incierto. Sin embargo, al momento de indemnizar, cobra especial importancia la prueba del nexo causal que se explicó en el acápite anterior con base en un cálculo de probabilidades. Sobre dicho porcentaje y teniendo en cuenta otros que serán explicados a continuación, es posible afirmar que cuando el nexo causal es difuso se puede cumplir con el contenido de la obligación de responder si se indemniza por medio del equivalente pecuniario.

#### 4.3.1. QUÉ SE INDEMNIZA

La indemnización de acuerdo como se ha expuesto hasta este punto, debe ser proporcional al daño sufrido. En este sentido, debido a que la teoría de la pérdida de la oportunidad se genera cuando el nexo causal es difuso, es importante hacer referencia a ¿qué se indemniza si se aplica esta teoría especial de causalidad?

Al respecto, se debe tener en cuenta que la teoría de la pérdida de la oportunidad no le otorga a la oportunidad un valor pecuniario como tal, de manera que no se indemniza la oportunidad que se arrebató. Por el contrario con esta teoría especial de causalidad se busca determinar en qué porcentaje la conducta del agente influyo en el cercenamiento de la oportunidad que tenía la víctima de obtener una ventaja patrimonial o evitar una pérdida, es decir, se pretende aclarar la relación entre la conducta del agente y el daño sufrido mediante un cálculo de probabilidades.

Lo llamado a ser indemnizado es el daño en sí mismo y no la pérdida de la oportunidad. Lo anterior debido a que la pérdida de la oportunidad hace referencia al nexo de causalidad, que permite al juez realizar una valoración o inferencia lógica entre el hecho dañoso y el daño. Por consiguiente, si se indemniza la pérdida de la oportunidad en sí misma se caería en el error de: i)

aceptar que la pérdida de la oportunidad es un tipo de daño como la ha afirmado la doctrina y jurisprudencia tradicional o ii) indemnizar las valoraciones o inferencias lógicas que realiza el juez.

Lo indemnizable es el daño en razón a que *“daño no significa más que nocimiento o perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable”*<sup>197</sup>. En este sentido, al indemnizar el daño, se cumple con la función de reparación integral que busca la responsabilidad puesto que se va a reparar a la víctima por la aminoración de la situación favorable o del interés jurídico tutelado por el ordenamiento que sufrió una lesión.

Así las cosas, la teoría de la pérdida de la oportunidad al dilucidar la relación entre la conducta del agente y el daño, constituye una herramienta para lograr la reparación integral que busca la responsabilidad. Establecer el nexo de causalidad es un requisito para observar qué tipo de daño se produjo, si fue patrimonial o extra patrimonial y con base en ello advertir cuáles fueron las consecuencias que generó la causación del daño, es decir, qué perjuicios se generaron. Por ejemplo si fue daño patrimonial, se puede generar un perjuicio por daño emergente o por lucro cesante, y si fue daño extra patrimonial, puede darse el perjuicio moral o el daño a la vida en relación.

Por regla general, para establecer el contenido de la obligación de reparar el daño, se debe apreciar el nexo de causalidad. No obstante, esta afirmación es de capital importancia en la teoría de la pérdida de la oportunidad toda vez que el monto de los perjuicios a indemnizar dependerá del grado de intensidad del nexo de causalidad. Así lo explica el doctrinante Adriano de Cupis:

*El contenido jurídico del daño está, ante todo, en función de la relación de causalidad entre el hecho productor del daño y el daño, es decir, que para fijar el montante del daño que debe reprimirse jurídicamente, se requiere, en primer lugar, establecer los límites*

---

<sup>197</sup> DE CUPIS, Adriano. El daño, Teoría general de la responsabilidad civil, Barcelona: Editorial Bosch, 1970, pág. 81

*dentro de los que el daño pueda considerarse causado por un hecho humano provisto de los atributos exigidos por la ley con fines de responsabilidad.*<sup>198</sup>

Por otro lado, al aplicar la teoría de la pérdida de la oportunidad, se obtiene el porcentaje en que la conducta del agente cercenó la oportunidad con la que contaba la víctima, así se logró realizar una aproximación al nexo de causalidad. Ahora, partiendo de la base del nexo de causalidad dilucidado, corresponde preguntarse: ¿cuál daño se ocasionó con la conducta del agente?

Para establecer el contenido del daño, según Adriano de Cupis:

*(...) la medida del daño se aplica de la forma siguiente: Se parte de la esfera del interés afectado, determinada por los límites del contenido del daño según los elementos que lo integren (daño directo, indirecto, regular, previsible, emergente, lucro cesante, presente, futuro), así como si ha concurrido un hecho culpable del perjudicado o de compensación de lucro con daño, o disminución del daño por la acción del perjudicado o bien del beneficio.*<sup>199</sup>

De conformidad con lo anterior, se determina el contenido jurídico del daño con base en las consecuencias que este generó y a su vez teniendo en cuenta los hechos posteriores a la ocurrencia del daño y los cuales puedan variar el contenido del mismo. Lo expresado por Adriano de Cupis es de especial importancia ya que se debe indemnizar el daño y nada más que el daño para evitar que se produzca una infra-indemnización o una supra-indemnización.

En la materia que nos ocupa, en la teoría de la pérdida de la oportunidad, la determinación del contenido jurídico del daño se torna complicado toda vez que una característica de esta teoría es que se encuentra gobernada por la

---

<sup>198</sup> DE CUPIS, Adriano. El daño, Teoría general de la responsabilidad civil, Barcelona: Editorial Bosch, 1970, pág. 245-246

<sup>199</sup> DE CUPIS, Adriano. El daño, Teoría general de la responsabilidad civil, Barcelona: Editorial Bosch, 1970, pág. 332

incertidumbre en la producción del daño. Al mediar la conducta del agente, la víctima fue desprovista de una oportunidad que tenía de obtener una ventaja patrimonial o de evitar una pérdida.

Para solucionar este interrogante, es necesario aplicar un segundo cálculo de probabilidades, en virtud del cual se determine cuál era la ventaja patrimonial que posiblemente hubiera adquirido la víctima o la pérdida que hubiera evitado si no hubiera mediado el hecho dañoso.

Un instante previo al acontecimiento del hecho dañoso, la víctima se encontraba con una oportunidad de obtener una ventaja patrimonial o de evitar una pérdida. Entonces, corresponde establecer cuál era el monto de dicha ventaja que pudo obtener o de dicha pérdida. En algunas ocasiones establecer este monto no tiene mayor problema, por ejemplo cuando alguien es privado de participar en una competencia en la cual al ganador le darán un determinado premio. No obstante, el asunto se complica cuando este monto no es posible establecer a primera vista.

La solución ante esta inquietud, ha sido dada por la jurisprudencia de antaño a la hora de indemnizar los perjuicios derivados del lucro cesante. Esto es, se debe suponer que si el hecho dañoso no hubiera ocurrido, los acontecimientos hubieran seguido su rumbo normal. No se pueden realizar especulaciones de ninguna índole dado que éstas terminarían beneficiando o perjudicando a la víctima. En cualquiera de los dos supuestos, se generaría una infra o una supra – indemnización como se advirtió anteriormente.

Por ejemplo, si un comerciante fue perjudicado por una difamación que realizó un tercero y como consecuencia de ello dejó de realizar varios negocios; en este caso, no es posible aplicar la teoría de la pérdida de la oportunidad porque es claro que el daño fue causado por la difamación, empero, existe una dificultad probatoria del quantum del perjuicio. Así las cosas, mal harían los operadores jurídicos al suponer que las ventas de dicho comerciante

aumentarían exponencialmente o que por el contrario dicho comerciante entraría en un estado de pérdidas sin que el hecho dañoso hubiera ocurrido.

Lo correcto en este caso en concreto, es indemnizar sobre la base del transcurso normal de las cosas. Frente al caso en particular, se podría observar el promedio de ventas del comerciante de todo el año y sobre dicho monto advertir cuál es la diferencia y así indemnizar.

En el ejemplo que se traído a consideración a lo largo de este capítulo, el monto de la ventaja patrimonial que pudo haber obtenido la víctima sino hubiera ocurrido el hecho dañoso era de diez millones de pesos. Una vez determinado el monto de la ventaja esperada o de la pérdida que se hubiera evitado, corresponde establecer cuáles eran las posibilidades que tenía la víctima de obtener dicha ventaja o evitar la pérdida en el instante anterior a la comisión del hecho dañoso.

En este momento, se aplica el segundo cálculo de probabilidades. Continuando con el reiterado ejemplo, al haber 3 competidores, se encuentra que la víctima tenía una probabilidad de obtener la ventaja patrimonial del 33%. Así las cosas, para determinar el contenido jurídico del daño se deben multiplicar el número de posibilidades que tenía la víctima de obtener la venta patrimonial o de evitar la pérdida por el monto pecuniario de dicha ventaja patrimonial o de la pérdida que pudo haberse evitado. Claro está, esta fórmula matemática que propone la teoría de la pérdida de la oportunidad, solo tiene lugar cuando estamos en presencia de daños con contenido patrimonial.

En el ejemplo en mención, se debe multiplicar el 33% de posibilidades que tenía la víctima de ganar la competencia por el premio, el cual era diez millones de pesos. Así las cosas, frente a este caso en particular, el quantum indemnizatorio equivale a tres millones trescientos treinta y tres mil pesos (33% de diez millones de pesos)

En la teoría de la pérdida de la oportunidad, el contenido jurídico del daño, siempre se establecerá multiplicando un número de posibilidades por el monto de la ventaja obtenida o pérdida evitada, toda vez que si existiera certeza del daño generado, no estaríamos en presencia de esta teoría especial de causalidad. En este sentido, el doctrinante Hernán Darío Velásquez Gómez indica que:

*(...) en todo caso de la indemnización de la pérdida de la oportunidad será menester estudiar la mayor o menor probabilidad del suceso futuro para de ahí calcular el monto del perjuicio.*

*(...)*

*Cuando hay pérdida de oportunidad nunca podrá ser total la indemnización porque nunca será absolutamente cierto que se alcanzaría el objetivo malogrado, aunque sí es posible acercarse a la indemnización total*<sup>200</sup>

#### 4.3.2. PARTICULARIDADES DE LA INDEMNIZACIÓN EN LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD

La indemnización es otra de las diferencias entre la doctrina y jurisprudencia tradicional y lo que propone la teoría de la pérdida de la oportunidad. Tradicionalmente, la pérdida de la oportunidad se entiende como un criterio autónomo de daño, en virtud del cual la indemnización se realiza de manera proporcional al número de posibilidades que tenía la víctima de obtener una ventaja patrimonial o de evitar una pérdida. No obstante, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina tradicional, se pasa por alto la acreditación del nexo de causalidad cuando estamos en presencia de una pérdida de oportunidad.

Lo anterior, se da debido a que no se tiene en cuenta que la pérdida de la oportunidad encierra dos características de incertidumbre, la primera en el

---

<sup>200</sup> Velásquez Gómez Hernán Darío, estudio sobre obligaciones, Ed Temis S.A. 2010. Bogotá D.C. Pág. 858.

contenido jurídico del daño al cercenarse una posibilidad de obtener una ventaja patrimonial o evitar una pérdida, y la segunda respecto al nexo de causalidad. Para que existe una verdadera pérdida de una oportunidad deben coexistir estas dos características, ya que si estamos en solo en presencia de la primera, meramente se da una dificultad probatoria del nexo de causalidad para lo cual se pueden aplicar teorías como la imputación objetiva; y si solo estamos frente a la segunda característica, no hay dificultad en acreditar el nexo de causalidad y si en el establecimiento del monto del perjuicio, evento en el cual se aplicarían las teorías establecidas por la doctrina de antaño.

Lo que propone la teoría especial de causalidad denominada la pérdida de la oportunidad, implica que el quantum indemnizatorio se establezca de la siguiente manera: en primer lugar, se realiza un primer cálculo de probabilidades en relación al número de posibilidades que existen de que la conducta del agente le hubiera cercenado a la víctima la oportunidad de obtener una ventaja patrimonial o de evitar una pérdida (fundamento de la teoría de la pérdida de la oportunidad ya que ataca el núcleo central del problema, es decir, la incertidumbre causal). Establecido este porcentaje es posible realizar completar el análisis del resto de factores ya que si no hay nexo de causalidad, no tiene sentido determinar el contenido jurídico del daño ya que éste no podrá ser imputable al agente.

En segundo lugar, se establece cuál era el monto de la ventaja patrimonial que hubiera entrado al patrimonio de la víctima o cuál era el monto de la pérdida que pudo haberse evitado si no hubiera mediado el hecho dañoso.

Una vez realizado esto, en tercer lugar, corresponde establecer cuál era el número de posibilidades que tenía la víctima de obtener una ventaja patrimonial o evitar una pérdida en el instante anterior a la ocurrencia del hecho dañoso.

En cuarto lugar, para determinar el contenido jurídico del daño, el cual permite fijar el quantum indemnizatorio, se debe multiplicar el número de posibilidades que tenía la víctima de obtener una ventaja patrimonial o de evitar una pérdida en el instante anterior a la ocurrencia del hecho dañoso por el monto de la ventaja patrimonial o de la pérdida que se hubiera evitado.

En quinto lugar, una vez establecido el contenido jurídico del daño, dicho daño no se puede atribuir de manera total al agente ya que la acreditación del nexo de causalidad no es total, para ello se utiliza el primer cálculo de probabilidad que se realizó. El daño solo será atribuible al agente en el porcentaje ya acreditado en que su conducta influyó en la producción de dicho daño. Por consiguiente, se debe multiplicar el contenido jurídico del daño ya establecido por el número de posibilidades que arrojó el primer cálculo de probabilidades, es decir, se multiplicará el contenido jurídico del daño por el número de posibilidades en que la conducta del agente influyó en el cercenamiento de la oportunidad.

Lo anterior, muestra la diferencia capital entre la doctrina y jurisprudencia tradicional y lo que planteamos como la teoría especial de causalidad denominada la pérdida de la oportunidad. Esto se genera ya que el contenido jurídico del daño aunque se establece de igual forma tanto en el grueso de la doctrina y jurisprudencia como en la teoría de la pérdida de la oportunidad; se imputa al agente de manera proporcional al número de posibilidades en que la conducta del agente influyó en el cercenamiento de la ventaja patrimonial que pudo obtener la víctima o de la pérdida que pudo evitar si no hubiera mediado el hecho dañoso.

Con el fin de brindar mayor claridad a lo explicado líneas arriba, recordemos el ejemplo que se ha venido utilizando para efectos de este capítulo. X es un atleta quien no pudo participar en una competencia donde solo habían tres competidores contándose a él. X no pudo participar en la competencia ya que sufrió una intoxicación a causa de un alimento que injirió en estado de

descomposición; el competidor el día de la intoxicación solo consumió dos alimentos, uno por su cuenta y otro suministrado por los organizadores de la competencia. Así las cosas, existe un 50% de posibilidades de que el alimento que causó la intoxicación fue el suministrado por los organizadores (número de posibilidades en que la conducta del agente influyo en el cercenamiento de la oportunidad). Lo anterior, hace referencia al cálculo de probabilidades mediante el cual se realiza una aproximación al nexo de causalidad.

Ahora bien, el premio total que pudo haber recibido X si hubiera tenido la posibilidad de competir (oportunidad de obtener una ventaja patrimonial) hubiera sido diez millones de pesos. Por otro lado, el porcentaje de posibilidades que X tenía de ganar la competencia era del 33% (número de posibilidad que tenía la víctima de haber obtenido la ventaja patrimonial o de evitar la pérdida si no hubiera ocurrido el hecho dañoso). Posteriormente, se establece que el contenido jurídico del daño equivale a tres millones trescientos treinta y tres mil pesos, lo cual se obtiene de multiplicar el monto de la ventaja patrimonial que la víctima hubiera podido obtener por el número de posibilidades que tenía de hacerlo en el instante anterior a la ocurrencia del hecho dañoso.

Esos tres millones trescientos treinta y tres mil pesos, se multiplican por el porcentaje de posibilidades en que la conducta del agente influyo en el cercenamiento de la posibilidad, es decir, por el 50%. El resultado de esta operación matemática equivale a un millón seiscientos sesenta y seis mil pesos.

En conclusión, el contenido jurídico del daño, solo será atribuible al agente en proporción de la intensidad del nexo de causalidad que resulte acreditado, lo cual es una diferencia capital con el tratamiento que la doctrina y jurisprudencia tradicional le dan a la pérdida de la oportunidad al ser valorada como un criterio autónomo de daño.

## 5. CONCLUSIONES

1. De los precedentes fundacionales abordados en el capítulo primero de este documento se concluye que la creación jurisprudencial en materia de daños

tiene como fundamento que unos perjuicios sean materiales y otros no, lo que permite considerar que la pérdida de oportunidad no es como daño autónomo.

2. En consecuencia, la pérdida de oportunidad no es ni daño material ni daño moral, es un tema de causalidad. El desarrollo de lo que es el daño, sea patrimonial o extrapatrimonial, como elemento constante de la responsabilidad tiene como fundamento la certeza. La pérdida de oportunidad por su lado, no es cierta, ya que si así lo fuera estaría dentro de lo que es el lucro cesante, si se trata de un beneficio económico que fuera a recibir; o daño biológico o moral si hablamos de un sentido que se perdió por falta de diligencia del médico, etc. Es inadecuado entonces determinar que la pérdida de oportunidad se debe analizar como un elemento autónomo del daño y no dentro del nexo de causalidad.
3. Mientras que la indemnización de perjuicios cumple la función de reparar integralmente un perjuicio cierto causado por un hecho jurídicamente dañoso; en la pérdida de oportunidad se busca morigerar la certeza entre el hecho dañoso y los perjuicios que eventualmente puede reclamar el perjudicado. La causalidad es pues el elemento que permite atribuir la responsabilidad y establecer los límites en la cuantificación de daño en la medida en que estos deriven del hecho ilícito. Lo cual en la pérdida de oportunidad, dada la incertidumbre, se debe presumir o inferir según la probabilidad que existiera de que el hecho pudiera generar ese daño.
4. La pérdida de oportunidad puede asemejarse al principio *res ipsa loquitur*, las presunciones y a la carga dinámica de la prueba, como técnicas que aligeran la carga probatoria para que la víctima pueda ser reparada cuando no está en condiciones favorables de probar la relación causal existente entre el hecho y el daño. Una vez más, cada una de estas obran en el nexo causal y no dentro de cualquiera de los demás elementos de la responsabilidad.

5. Por último, no se puede decir que la pérdida de oportunidad, así como el daño moral o el biológico pueda constituirse como un daño autónomo. A partir del estudio de estos se pudo identificar una serie de requisitos necesarios para la determinación del daño autónomo. El primero y más obvio, un daño, el segundo, que ese daño haya sido producto del hecho ilícito, y el tercero, que pueda ser resarcido con independencia de otro tipo de perjuicios. Así pues, la pérdida de oportunidad no cumple con ninguno de estos, pues su fin es que quien padeció el daño pueda ser resarcido sin haber probado en estricto sentido la relación de ese perjuicio con el hecho que la provocó.
6. La pérdida de la oportunidad no debe estudiarse dentro del daño sino dentro del nexo de causalidad porque:
  - Responde a la probabilidad de la causación del daño y no a éste mismo. Esto se debe a que existe en la pérdida de la oportunidad un elemento de certeza y otro de incertidumbre. Se tiene la certeza de que se perdió la oportunidad de obtener un beneficio o evadir un perjuicio, y la incertidumbre, la duda de si en el caso de que la oportunidad no se hubiera frustrado, se hubiese obtenido la ganancia o evitado el daño. Cabe recalcar además que la pérdida de la oportunidad es un interés jurídico mientras que el daño es la lesión a un interés legítimo.
  - Mientras el daño es cierto, personal y directo, la pérdida de la oportunidad es incierta, tiene un elemento probabilístico. Adicionalmente, a la pérdida de la oportunidad se le diferencia de daños como el lucro cesante.
  - La reparación que se hace respecto a la pérdida de la oportunidad debe hacerse en el nexo de causalidad porque allí se da la imputación jurídica. Ella se hace a partir de un cálculo

de probabilidades que también se efectúa en sede causal. Es claro que el valor que se reconoce o repara al demandante, es menor al valor total de la ventaja que no recibió o del menoscabo patrimonial que no pudo evitar. Entonces, a partir de ese valor total se realiza un cálculo de probabilidades de su consecución y se establece la indemnización.

- En la pérdida de la oportunidad no hay un menoscabo patrimonial o moral seguro, sino una mera posibilidad de que este se diese.
7. Cuando el nexo causal es difuso, la pérdida de la oportunidad reduce la incertidumbre entre el hecho que causa el daño y los perjuicios eventualmente reclamables por el perjudicado. Es esto lo que permite que sea procedente la imputación jurídica; que a un daño siga una reparación.
  8. *En la pérdida de la oportunidad es vital el elemento de certeza* porque es imposible que se establezca el nexo de causalidad y se atribuya la responsabilidad y la consecuente indemnización de perjuicios. Aquí surge una carga probatoria del demandante, que debe acreditar que no pudo obtener el beneficio esperado o evitar el perjuicio posible a causa de la pérdida de la oportunidad que le generó el demandado.
  9. *La pérdida de la oportunidad es diferente al daño futuro* porque este es cierto y la pérdida de la oportunidad es incierta. Sin embargo, se puede perder una oportunidad futura.
  10. *La pérdida de la oportunidad facilita a la víctima el tema de la carga probatoria* respecto a la reparación del daño cuando el nexo causal es difuso. Entonces se puede decir que la pérdida de la oportunidad es un instrumento de facilitación probatoria.

11. *Tanto el daño y el nexo causal a parte de su estricta interdependencia, son conceptos que están en permanente evolución pero que de su correcta comprensión depende que la función resarcitoria de la responsabilidad tenga plena cabida.*
12. *La discusión sobre la ubicación de la pérdida de oportunidad en el estudio de la responsabilidad (En el Daño o en el Nexo Causal) está lejos de concluir, no obstante, en el artículo se demostró porque la pérdida de oportunidad debe estudiarse cuando se aborda el análisis del nexo causal.*
13. En suma, al aplicar la teoría de la pérdida de la oportunidad, se permite dilucidar el nexo de causalidad que en principio era difuso y con base en ello, establecer el contenido jurídico del daño para ser atribuible al agente conforme las reglas que ya explicamos anteriormente.
14. Por último estimamos que bajo los parámetros del principio rector de reparación integral que dirige nuestro sistema de daños y que atendiendo a los derechos de las víctimas a que el agente dañador los compense para que los víctimas lleguen a encontrarse en el estado más cercano al de indemnidad, estimamos que la pérdida de la oportunidad debe aplicarse para cualquier tipo de escenario en el cual se compruebe razonablemente que efectivamente se perdió una oportunidad desde el punto de vista causal, y no exclusivamente a escenarios de responsabilidad médica.
15. La posición del Consejo de Estado en materia de responsabilidad extracontractual del Estado cuando se está en presencia de actividades riesgosas es la teoría de la imputación objetiva.
16. Para la doctrina dominante, la teoría de la imputación objetiva es la que mejor explica por qué debe atribuirse un daño a la agente y no por la razón fáctica de haberlo causado.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

### Obras:

ACEVEDO PRADA, Rubén. D. (2013). "Una mirada a la responsabilidad civil española: el régimen subjetivo". en: *Revista Guillermo de Ockham* 11(2).

ALTERINI, Atilio A. *Responsabilidad civil. Límites a la reparación*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974.

ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal*, Buenos Aires, UTEHA.

ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. *El régimen de responsabilidad subjetiva*, Legis, Bogotá, 2014.

ARENAS MENDOZA, Hugo, *Un siglo de jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de responsabilidad extracontractual*, Editorial Ibañez, 2015.

ATIENZA Manuel, *Las Razones Del Derecho: Teoría de la Argumentación Jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, No. 334, Universidad Autónoma de México, México D.F. : 2007.

BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Ed Jurídica de Chile, 2006

BERMÚDEZ MUÑOZ, Martín. *Del dictamen judicial al dictamen de parte*. Ed: Net educativa. Bogotá D.C. 2013.

BORDA, Guillermo A. *Manual de Derecho Civil, Parte General*, Editorial Perrot, Buenos Aires.

BORREL MACÍA, Antonio. *Responsabilidades derivadas de la culpa extracontractual civil*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona.

BUSTAMANTE ZAMUDIO, Guillermo. *Los tres principios de la lógica aristotélica: ¿son del mundo o del hablar?/The Three Principles of the Aristotelian Logic Are they from the world or from the speech?*, Facultad de Humanidades, Folios, Segunda época, No 27, Primer semestre de 2008

CHABAS, Francois, “La pérdida de una oportunidad (Chance) en el derecho francés de responsabilidad”, en *Revista de Responsabilidad Civil y del Estado (larce)*, Número 33, septiembre de 2012,

CHIRONI, Giampietro. *Colpa extra- contrattuale*, Vol II, Fratelli Boca.

CLEMENTE DE DIEGO, Felipe. *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1925.

COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén. Naturaleza de la relación causal, Edición homenaje: Dr. Jorge Mosset Iturraspe, Ediciones UNL, Buenos Aires.

CRUZ, Juan. *El concepto de interés legítimo y su relación con los Derechos Humanos. Observaciones críticas a Ulises Schmill y Carlos de Silva*. Revista Opinión Jurídica, Scielo [en línea]. Isonomía no.39 México Out. 2013. [fecha de consulta: 10 de mayo de 2015]. en: <[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-02182013000200007&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182013000200007&lng=pt&nrm=iso)> Versión impresa ISSN 1405-0218.

DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*. Madrid, Ed. Civitas S.A., 1995, págs. 83-84.

DE CUPIS, Adriano. El daño, Teoría general de la responsabilidad civil, Barcelona: Editorial Bosch, 1970.

DEIK, Carolina. *Responsabilidad médica: elementos, naturaleza y carga de la prueba*. Revista de Derecho Privado Universidad de la Universidad de los Andes. No. 43, Bogotá D.C. : Editorial Universidad de los Andes 2010.

DEMOGUE, René. *Traité des Obligations en général*, Tomo I, Paris : Rosseau, 1923, N° 17.

DEMOGUE, René. *Traité des obligations*, Vol IV, París, 1924

DÍEZ-PÍCAZO, Luis, *Derecho de daños* Editorial Civitas, Madrid. 1999.

GASCÓN, María y MEDINA, Luis, “¿Pueden declararse responsabilidades por daños sin la prueba del nexo causal? Debate en torno a la teoría de la pérdida de oportunidad”, en *Revista de Responsabilidad Civil y del Estado (larce)*, Número 30, febrero de 2012, pp. 109-177.

GASCON, Marina. *La pérdida de la oportunidad, responsabilidad, causalidad*. Colección Conmemorativa Revista Responsabilidad y del Estado-20 años, t. VI/ Ediciones 29-32.

GASCÓN, María y MEDINA, Luis, “¿Pueden declararse responsabilidades por daños sin la prueba del nexo causal? Debate en torno a la teoría de la pérdida de oportunidad”, en *Revista de Responsabilidad Civil y del Estado (larce)*, Número 30, febrero de 2012, pp. 109-177. GASCON, Marina. *La*

*responsabilidad proporcional como respuesta a la incertidumbre causa: ¿Problema de daño, de causa o de prueba.* Colección Conmemorativa Revista Responsabilidad y del Estado-20 años, t. VI/ Ediciones 29-32.

GIL BOTERO, Enrique, *Responsabilidad extracontractual del Estado*, Ed. TEMIS S.A., sexta edición Bogotá D.C., 2013

GOLDEMBERG (Isidoro H.) *La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires, editorial Astrea, 1989.

HART, H. L. A. y HONORÉ, A. M. *Causation in the Law*, Clarendon-Oxford University Press, Oxford, 1985.

HENAO, Juan Carlos. "Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 28, enero-junio de 2015, pp. 277-366. DOI: 10.18601/01234366.n28.10

HENAO, Juan Carlos. *El daño, Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 1998.

JEREMIAH, Smith. "Legal Cause in Actions of Tort. [concluded]" en *Harvard Law Review* 25.4 (1912): 303–327.

LARRAURI, Elena, *NOTAS PRELIMINARES PARA UNA DISCUSIÓN SOBRE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA*, ADPCP, T.XLI, Fasc.III, Septiembre-Diciembre 1988,

LARROUMET Christian. *Teoría General del Contrato*. Volumen II, Bogotá D.C. : Edit. Temis, 1993.

LE TOURNEAU, Philippe., *La responsabilidad Civil*. Ed Legis, Bogotá 2010.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de derecho civil., Obligaciones*, t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de derecho civil*, t. II.

LOOR FRANCO, Eduardo. *Estudio de la teoría de la imputación objetiva en derecho penal*, Universidad Católica de Guayaquil, publicado en Revista Jurídica Online, bajo link [http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=754](http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=754)

LOPEZ DIAZ, Claudia. *Introducción a la Imputación Objetiva*. Centro de investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, Colección de estudios N° 5, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 1996.

LUNA YERGA, Álvaro, “Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico sanitaria”, en Indret. Revista para el análisis del Derecho, 288, pp. 5-6; accesible en <http://www.indret.com/pdf/288.es.pdf>.

MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina. *Responsabilidad civil extracontractual*, Bogotá D.C. Temis, 2003.

MAZEAUD, Henri – Leon – Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte segunda, Vol. II, La responsabilidad civil. Los cuasicontratos. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960,

MAZEAUD, Henri y León y TUNC, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires, edit. Ejea Volumen I Tomo I. 1977

MAZEAUD-TUNC. *Tratado de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Tomo I, Volumen I. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1961.

MAZEUD Henri y León, y TUNC, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil*, t. II, vol. IV, Buenos Aires, EJEA.

MAZEUD, Henry y León, *Lecciones de derecho civil*. Parte segunda. Volumen II. Ed: EJEA, Buenos Aires. 1969.

MEDINA ALCOZ, Luis, *Hacia una nueva teoría de la causalidad en la responsabilidad civil contractual y extracontractual: La doctrina de la pérdida de las oportunidades*. Revista de responsabilidad civil y seguro de la Universidad Complutense de Madrid.2007, Madrid

MEDINA ALCOZ, Luis. La Doctrina de la Pérdida de oportunidad en los *Dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla- La Mancha. Reflexiones Críticas*, Revista jurídica de Castilla - La Mancha, No. 47, 2009.

MEDINA ALCOZ, Luis. *La teoría de la pérdida de oportunidad*. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado, Thomson-Civitas, Madrid, 2007.

MOORE, Michael, *Causalidad y responsabilidad*, Editorial Marcial Pons, Colección filosofía y derecho, Madrid, 2011.

NAVIA ARROYO, Felipe. *Del daño moral al daño fisiológico ¿Una evolución real?*, Ensayos de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C., 2000.

NEUCHATEL, *introducción à la Théorie Générale et a à la philosophie du Droit*, Paris, 1937.

ORGAZ Alfredo, *El daño Resarcible (Actos Ilícitos)*, Depalma, Buenos aires 1952.

OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*, 7ª Edición, Bogotá D.C., Temis, 2001,

OWEN, David G. *teoría de la responsabilidad civil extracontractual*, Ed. Siglo del hombre editores. Universidad de los Andes. Colombia, 2014.

PAPAYANNIS, Diego, *Causalidad y atribución de la responsabilidad*, Editorial Marcial Pons, Colección filosofía y derecho, Madrid, 2014.

PAPAYANNIS, Diego, *Compresión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, Editorial Marcial Pons, Colección filosofía y derecho, Madrid, 2014.

PATÍÑO, Héctor, Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración. Aproximación a la jurisprudencia del consejo de Estado colombiano *Revista de Derecho Privado* [en línea] 2008, (Enero-Junio) : [Fecha de consulta: 19 de marzo de 2016] Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417537590007> ISSN.

PEIRANO FACIO, Jorge. *Responsabilidad Extracontractual*, 2ª Edición, Bogotá D.C.: Editorial Temis, 2004.

PLANIOL, Marcel. *Revue Critique, Traité Élémentaire*, Tomo II, Paris.

RISARRI, Catalina. *El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano*. Tesis de grado. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. [fecha de consulta: 20 de mayo de 2015]. Disponible en: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis27.pdf>.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal-Parte General-Tomo I- Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid.

RUEDA MARTÍN, María Ángeles. *La Teoría de la Imputación Objetiva del Resultado en el Delito doloso de Acción*, Barcelona: Bosch, 2001

SALINAS UGARTE, Gastón. *Responsabilidad Civil Contractual*. Tomo I. Editorial Abeledo Perrot. Santiago de Chile 2011.

SARMIENTO GARCIA, Manuel Guillermo. *Estudios de Responsabilidad Civil*, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2002.

SAVATIER, René. *Cours de droit civil*, Paris, L.G.D.J.,

STEINER, Eva. *French Law: A Comparative Approach*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

STIGLITZ, Rubén. *El siniestro*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

TAMAYO JARAMILLO Javier. *De la responsabilidad civil*, Tomo IV, Bogotá D.C.: Temis, 1999,

TAMAYO JARAMILLO, Javier *Tratado de responsabilidad civil* Tomo I. Bogotá D.C.: Legis, 2011

TAPIA, Mauricio. “Pérdida de una oportunidad: ¿Un perjuicio indemnizable en Chile?” en *Revista de Responsabilidad Civil y del Estado (larce)*, Número 34, Semestre I, 2014.

TERNERA, Luis y TERNERA, Francisco. *Breves comentarios sobre el daño y su indemnización*. Revista Opinión Jurídica, Scielo [en línea]. vol.7 no.13. Enero a Junio de 2008. [fecha de consulta: 10 de mayo de 2015]. Disponible en: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1692-25302008000100005&script=sci\\_arttext#3](http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1692-25302008000100005&script=sci_arttext#3) Versión impresa ISSN 1692-2530.

TRIMARCHI BANFI, F, *tutela specifica e tutela risarcitorio degli interessi legittimi*. Utet, Torino. 2000

VELÁSQUEZ GÓMEZ, Hernán Darío, *Estudio sobre obligaciones*, Ed Temis S.A. 2010. Bogotá D.C.

VELÁZQUEZ POSADA, Obdulio. *Responsabilidad Civil Extracontractual* Ed Temis-Universidad de la Sabana, **ISBN:** 9789583509476, 2013

VERGARA, Leandro. *Pérdida de chance. Noción conceptual. Algunas precisiones*, LL, 1995-D-78, N° 3, *apud* TRIGO REPRESAS, Félix Alberto. *Pérdida de chance*,

VINEY, Geneviéne. *Traité de Droit Civil. Introduction a la Responsabilité*, Paris: Librairie de droit et de jurisprudence, 1988

VON BAR, Christian y DROBNIG, Ulrich. *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe: A Comparative Study*, European Law Publishers, Munich, 2004

VON LISZT, Franz. *Tratado de derecho penal*, t. II, Reus, Madrid

YONG, Samuel y RODRÍGUEZ YONG, Camilo *La pérdida de la oportunidad* Revista virtual vía Inveniendi Et Iudicandi de la Universidad Santo Tomás. Edición 12, Vol. 6, No 2, julio – Diciembre 2011. Bogotá D.C., Colombia.

ZANNONI, Eduardo. *El daño en la responsabilidad Civil*, Buenos Aires: Editorial Astrea., 1994.

Obras:

**Sentencias:**

Illinois v. Gates, 462 U.S. 213, 238 (1983)

Orleans v. United States, 517. U.S. 690.696. (1996)

CORTE SUPREMA SUECA 28 de Noviembre de 1964.

TRIBUNAL DE GÉNOVA, 25 de mayo de 1974.

ITALIA, CORTE DE CASSAZIONE, Sentencia del 29 de mayo de 1991.

CORTE CONSTITUCIONAL, C-619 de 2002.

CORTE CONSTITUCIONAL, C-918 de 2002.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia nueve (9) de diciembre de dos mil diez (2010), M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia de primero (1) de agosto de 1996, MP. Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia de nueve (9) de diciembre de 2010, MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia de dos (02) de diciembre de dos mil once (2011), Expediente11001-3103-035-2000-00899-01, M.P. William Namen Vargas

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil y Agraria. Expediente: 11001-31-03-028-2002-00188-01, Sentencia del 14 de diciembre de 2012, M.P. Ariel Salazar

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia de abril 4 de 1968, M.P. Fernando Hinestrosa.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia de Casación de 24 de junio de 1942, G.J. T. LIII, No. 1938.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Negocios Generales, Sentencia de 15 de Julio de 1949.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Negocios Generales, 30 de octubre de 1964.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia del dieciséis (16) de junio de dos mil seis (2006), Expediente 13373-01, MP: Cesar Julio Valencia Copete,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia de veintiuno (21) de julio de 1922, M.P. Tancredo Nanetti.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia de veinticuatro (24) de julio de 1959, M.P. Ignacio Escallón.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia de nueve (9) de septiembre de 1991, G.J.T. CCXII, No. 2451

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. y Agraria, Sentencia de diecisiete (17) de agosto de 2001. M.P. Jorge Santos Ballesteros.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia de veinte (20) de junio de 1941, G.J.T. LI, Nos. 1971-1972.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia de doce (12) de julio de 1994, M.P. Pedro Lafont Pianetta.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria, G.J. t LIX.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia catorce de diciembre de dos mil doce, Expediente 11001-31-03-028-2002-00188-01, M.P. Ariel Salazar Mejia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, Sentencia del seis (6) de mayo de 2013, M.P Arturo Solarte Rodríguez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia Expediente 6878, veintiséis (26) de septiembre de dos mil dos (2002), M.P. Jorge Santos Ballesteros.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de veintiuno (21) de marzo de 2012, C.P Mauricio Fajardo Gómez.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias del 11 de febrero del 2009. Expediente 17.145, del 20 de mayo del mismo año, Expediente 17.405 y del 19 de agosto de 2009, Expediente 17.502, entre otras.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia del veintiséis (26) de marzo de dos mil ocho (2008), Expediente No. 16.530, C.P. Mauricio Fajardo Gómez

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias de 11 de noviembre de 1999. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Aclaración de voto de Enrique Gil Botero de 30 de julio de 2008. Exp. 15726.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 13 de julio de 1993.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección "A". Consejera Ponente: (E) Gladys Agudelo Ordóñez. Sentencia del 26 de enero de 2011. Radicación número: 540001-23-31-000-1994-08665-01 (18965).

CONSEJO DE ESTADO. SECCION TERCERA. SENTENCIA DEL 30 DE OCTUBRE DE 2013.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D.C., ocho (8) de marzo de dos mil siete (2.007).

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de septiembre once de mil novecientos noventa y siete; Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo; Radicación número: 11764

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2002, expediente 13477.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Proceso 20144, Fallo del 19 de agosto de 2011. Consejero ponente Jaime Orlando Santofimio-Gamboa.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de agosto de 2009, Expediente 76001-23-24-000-1995-00079-01(17733), C.P. Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 9 de mayo de 2012, Expediente 05001-23-24-000-1994-02530-01(22304), C.P. Magistrado ponente Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de marzo de 2013. Expediente 25000-23-26-000-1999-00791-01(23632), C.P. Hernán Andrade Rincón.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de marzo de 2013. Expediente, 25000-23-26-000-1999-00791-01(23632), C.P. Hernán Andrade Rincón.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de veintiuno (21) de marzo de dos mil doce (2012), Expediente 88001-23-31-000-1998-00003-01(19755), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de veintiuno (21) de marzo de dos mil doce (2012), Expediente 88001-23-31-000-1998-00003-01(19755), C.P. Mauricio Fajardo Gómez,

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de diez (10) de febrero de dos mil (2000), Expediente 11878, C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de veintiocho (28) de mayo de 1998, C.P Ricardo Hoyos Duque.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de veintidós (22) de octubre de 2012, C.P Olga Melida Valle de de la Hoz.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de diez (10) de agosto de 2010, rad. 18593, C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del tres (3) de abril de 2013, expediente 26.437. C.P. Mauricio Fajardo Gómez

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de veintisiete (27) de marzo de 2014, C.P Carlos Alberto Zambrano Barrera.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del trece (13) de julio de 1993, Expediente 8163. C.P Juan de Dios Montes Hernández.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de veintiuno (21) de Marzo de 2012 C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de treinta (30) de enero de 2013, C.P Mauricio Fajardo Gómez.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de veinticuatro (24) de enero de 2002, Consejero Ponente Jesús María Carrillo Ballesteros.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de veintiséis (26) de abril de 2008, C.P Ruth Stella Correa Palacio.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de treinta (30) de enero de 2013, C.P Danilo Rojas Betancourt.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de veintiséis (26) de febrero de 2014, C.P Carlos Alberto Zambrano Barrera.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de veintiocho (28) de noviembre de 2002, C.P Ricardo Hoyos Duque.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de tres (3) de mayo de 1999, C.P Jesús María Carrillo Ballesteros.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de cuatro (4) de agosto de 2014,

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de veintiocho (26) de abril de 1999, C.P Ricardo Hoyos Duque.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de once (11) de agosto de 2010, C.P Mauricio Fajardo Gómez.