



Radicado: 76001-23-31-000-2006-00041-01 (53435)

Demandantes: Alejandro Cruz Samaniego y otros

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B**

Magistrado ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Radicación: 76001-23-31-000-2006-00041-01 (53435)

Demandantes: Alejandro Cruz Samaniego y otros

Demandado: Fuerza Área – Ministerio de Defensa

Acción: Reparación directa

Tema: El concepto de pérdida de oportunidad **(i)** no puede suplir la falta de prueba del nexo causal; **(ii)** puede ser un tipo de daño cuando el interés afectado sea una <<expectativa>> y no un derecho; y **(iii)** en responsabilidad médica permite indemnizar proporcionalmente el perjuicio siempre y cuando esté probado con un dictamen pericial que la falta médica redujo las posibilidades de curación.

Aclaración de voto del magistrado Martín Bermúdez Muñoz

Estoy de acuerdo con confirmar la sentencia de primera instancia en la medida que la competencia de la Sala estaba reducida a estudiar el recurso del demandante, apelante único, que no tenía vocación de prosperar. El apelante solicitaba una condena plena de la demandada porque, a su juicio, la relación de causalidad entre las actuaciones de los médicos y las lesiones de la menor durante el parto estaba probada plenamente, lo que no permitía aplicar la reducción que hizo el tribunal de primera instancia con fundamento en el concepto de pérdida de oportunidad. Como lo muestra la Sala en la decisión que acompaño, no se probó el nexo causal por lo que, al ser el demandante apelante único, la decisión debía ser confirmar la condena reducida del tribunal.

Aclaro mi voto porque no comparto algunos razonamientos hechos en la decisión mayoritaria en relación con la noción de <<pérdida de oportunidad>>. Me refiero a ello en los siguientes puntos:

1.- Estoy de acuerdo con considerar que la sentencia del 5 de abril de 2017, exp. 25706, expone consideraciones sobre la pérdida de oportunidad que deben ser tenidas en cuenta al resolver los procesos en los cuales se aluda a esta noción¹. Y tal como se señala en dicho fallo, es claro que cuando el demandante no cumpla

¹ Párrafo 45 de la decisión de la Sala.



con la carga de probar la relación de causalidad (entre el hecho u omisión afirmado en la demanda y el daño), no puede acudirse a este concepto para suplir esta prueba.

2.- Si el demandante no prueba –por regla general con un dictamen pericial– que el daño fue ocasionado por el hecho generador que se imputa en la demanda (la omisión en la prestación oportuna de un servicio), lo que debe hacerse es rechazar las pretensiones de la demanda. Y esta es la tesis que efectivamente se aplica en el fallo objeto de aclaración. La doctrina ha señalado lo siguiente sobre este particular:

<<La noción de pérdida de oportunidad conmovió o afectó la concepción clásica del derecho de la responsabilidad que recordémoslo reposa tanto en derecho civil como el derecho administrativo sobre un sólido tríptico compuesto de un hecho dañoso, de un perjuicio, y de un vínculo de causalidad. La doctrina se opuso fuertemente a esta noción cuando ella emergió y le reprochó al Juez utilizar la pérdida de oportunidad con el solo fin de encubrir la incertidumbre del vínculo causal.... la expresión pérdida de oportunidad, en una proporción importante de sentencias, parece encubrir una presunción de causalidad que el juez no quiere expresar formalmente>>.

3.- El concepto de pérdida de oportunidad como <<daño autónomo>> al que se refiere la jurisprudencia, tiene en realidad un alcance distinto y creo que podría precisarse teniendo en cuenta los siguientes puntos:

3.1.- Tal y como lo advierte la doctrina, para estructurar la responsabilidad contractual se requiere:

- Probar la relación de causalidad entre el hecho generador y el daño.
- Probar la relación de causalidad entre el daño y el perjuicio.

3.2.- En los casos en los cuales el Consejo de Estado aplica la noción de pérdida de oportunidad como daño autónomo en materia contractual, lo que ocurre es que está probado el daño, pero no como una afectación de un <<derecho>> sino como una afectación a una <<expectativa>>. Y bajo tal consideración se reduce el valor total del **perjuicio**. No hay duda de la existencia del primer vínculo (la relación de causalidad entre el hecho generador y el daño); lo que se reduce es el monto del perjuicio porque es evidente que en este caso lo que perdió el demandante fue una expectativa.

3.3.- Por ejemplo, si una entidad toma la decisión de caducar un contrato de manera ilegal, y el contratista reclama el valor de la utilidad que dejó de percibir en ese contrato al igual que la que dejó de percibir en los otros contratos que hubiera podido celebrar durante el término de inhabilidad, podemos decir que están probados dos tipos de perjuicios distintos:



- El perjuicio causado por el desconocimiento del derecho de recibir la utilidad del contrato celebrado que se caducó ilegalmente. En este caso, el perjuicio debe comprender la totalidad de la utilidad esperada.
- El perjuicio causado a la expectativa de celebrar otros contratos durante el periodo de inhabilidad. En ese caso, estando probada la posible utilidad que hubiera recibido el contratista en esos otros contratos, el valor se reduce porcentualmente, pues lo que se afecta no es un derecho sino una expectativa. Y la reducción se hace prudencialmente, calculando cuál era la probabilidad de que el contratista ejecutara esos contratos y cuáles eran las condiciones que podían determinar que pudiera hacerlo.

4.- Ahora bien, en el caso de la responsabilidad médica tendríamos que considerar que solo en los casos en que esté acreditado que el *hecho* o la *omisión* imputada a la entidad médica tuvo influencia causal en la ocurrencia del daño, porque las acciones u omisiones de los médicos le restaron la posibilidad de sobrevivencia o sanación a un paciente, podríamos hablar de una pérdida de oportunidad. Pero esa circunstancia, que es la *relación de causalidad parcial* entre el hecho generador y el daño, debe estar demostrada –por regla general– con un dictamen pericial que así lo indique. Y ese dictamen no solo debe señalar que el hecho y omisión contribuyeron a causar el daño, sino que debe señalar cuál es la proporción en la que incidieron porque en este caso ese es un asunto técnico que puede y debe ser probado de esta manera.

5.- En la responsabilidad médica, la reducción del perjuicio no se hace considerando que se probó un daño distinto (expectativa), como ocurre en el caso del contratista. Aquí lo que está probado es que el hecho u omisión *causaron parcialmente el daño* y por eso se hace la reducción.

6.- Creo entonces que en este caso no es adecuado hablar de dos tipos de daños (a un derecho y a una expectativa), como en el caso del contratista. Creo que en responsabilidad médica puede condenarse a una parte del perjuicio cuando la prueba pericial indique que el daño fue generado por varias causas y especifique la correspondiente proporción entre ellas.

7.- La noción de pérdida de oportunidad, bajo la cual podría fundarse una condena que no abarque la totalidad del perjuicio sino una parte de ella, supone:

- La prueba del hecho o la omisión (falta médica).
- La prueba del daño (total o final).
- La determinación de una probabilidad causal establecida por un experto y determinada en términos porcentuales por el mismo experto.



Radicado: 76001-23-31-000-2006-00041-01 (53435)

Demandantes: Alejandro Cruz Samaniego y otros

8.- Sobre el particular, anota la doctrina:

<<La evaluación de la pérdida de oportunidad consiste en operar un cálculo destinado a cuantificar la importancia de la oportunidad perdida o en otros términos a evaluar la probabilidad ... Para proceder al cálculo de esta fracción del perjuicio corporal global hace falta que el Juez administrativo pueda determinar la posibilidad perdida por el paciente de sobrevivir o de sanar. El concurso del experto médico surge de manera esencial para este caso particular: él es quien puede calcular la tasa de la probabilidad: cuál fue la oportunidad perdida de sobrevivir o de sanarse como consecuencia de la falta médica>>².

Fecha *ut supra*,

Con firma electrónica
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

² Vialla, Francois, Les grandes décisions du droit médical, LG.D.J., Paris, 2009, p. 630.