

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Muerte de paciente / MUERTE DE PACIENTE - Pérdida de oportunidad / PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Muerte de paciente

La Sala encuentra entonces que la atención suministrada a la víctima se limitó a la respectiva valoración, a la limpieza y sutura de las heridas, pues según lo refleja la reducida historia clínica del paciente, éste ingresó por urgencias y se le diagnosticó “trauma en tej. blandos en 3 sitios de su cabeza”, esto es un trauma encefalocraneano leve; el paciente, sin que mediare la práctica de evaluación alguna, fue dejado supuestamente en observación pero entre las 4:00 y 5:00 A.M., el señor Valencia Monsalve falleció como consecuencia, precisamente, de las lesiones por las cuales fue llevado al centro hospitalario. A juicio de la Sala, dentro del expediente no obran los medios de convicción necesarios para determinar, con claridad meridiana, que la causa determinante del daño hubiere sido la falta de evaluaciones encaminadas a determinar la gravedad de la lesión; dicho de otra manera, no existe certeza acerca de que la entidad demandada hubiere practicado los exámenes para establecer cuál era en realidad la lesión padecida por la víctima y la gravedad de la misma, ello habría impedido que el señor Carlos Humberto Valencia Monsalve hubiese fallecido. No obstante lo anterior, la Sala estima que el daño antijurídico sufrido por la parte demandante sí debe repararse, por cuanto la falta de evaluaciones y, en general, la ausencia de atención idónea y necesaria para determinar la dimensión de la lesión padecida por el paciente y su respectivo tratamiento compromete la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada a través de la pérdida de oportunidad.

PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Pérdida de chance / PERDIDA DE CHANCE - Pérdida de oportunidad / PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Noción. Definición doctrinal

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 perdida 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. 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; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento. (...) La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio

o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del “chance” en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto

PERDIDA DE OPORTUNIDAD DOCTRINAL - Alcances / PERDIDA DE OPORTUNIDAD DOCTRINAL - Límites

Con el fin de precisar los de la noción de “pérdida de oportunidad” conviene identificar con la mayor claridad posible sus límites: así, de un lado, en caso de que el “chance” constituya en realidad una posibilidad muy vaga y genérica, se estará en presencia de un daño meramente hipotético o eventual que no resulta indemnizable y, de otro lado, no puede perderse de vista que lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen rubros distintos del daño. En consecuencia, la oportunidad difuminada como resultado del hecho dañoso no equivale a la pérdida de lo que estaba en juego, sino a la frustración de las probabilidades que se tenían de alcanzar el resultado anhelado, probabilidades que resultan sustantivas en sí mismas y, por contera, representativas de un valor económico incuestionable que será mayor, cuanto mayores hayan sido las probabilidades de conseguir el beneficio que se pretendía, habida consideración de las circunstancias fácticas de cada caso

PERDIDA DE OPORTUNIDAD DOCTRINAL - Daño indemnizable / PERDIDA DE OPORTUNIDAD DOCTRINAL - Requisitos

De acuerdo con lo anterior, puede sostenerse que los requisitos cuya concurrencia se precisa con el propósito de que pueda considerarse existente la pérdida de oportunidad como daño indemnizable en un caso concreto, son los siguientes: (...) 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, 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 intuición, sospecha o certeza moral de que lo hizo”; desde esta perspectiva, la pérdida de oportunidad se constituye en una técnica a utilizar en eventos en los cuales existe incertidumbre causal.

DOCTRINA DE LA PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Definición. Noción

La doctrina de la pérdida de oportunidad constituye un instrumento de facilitación probatoria de creación jurisprudencial cuya consolidación recientemente se ha dado en el ámbito del derecho de daños —especialmente tratándose de la responsabilidad médico-sanitaria—, pero que realmente se originó en el derecho de contratos —y se cita como fuente el caso *Chaplin v. Hicks*, de 1911, en el Reino Unido, en el cual se reconoció a la demandante, una de las cincuenta finalistas de un concurso de belleza, una indemnización por la pérdida de la oportunidad de optar a uno de los premios del certamen como consecuencia de no haberle sido notificado por el demandado el día en el cual se celebraba la final (...) “la doctrina

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

PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Relación causal / PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Modalidad de daño autónoma

No obstante las aparentemente irreconciliables diferencias a las cuales conduciría la anotada disparidad de enfoques respecto del ámbito en el cual procede estudiar la naturaleza y los alcances de la noción de “pérdida de oportunidad” —esto es, si se trata de un elemento relacionado con el examen de la relación causal o si, en cambio, constituye una modalidad de daño autónoma—, llama la atención que incluso quienes defienden que la operatividad de la figura en comento tiene lugar en el territorio de la causalidad, concluyen que la pérdida de chance da lugar a que se repare un daño que no coincide con la plena ventaja que se esperaba obtener o con el detrimento cuya evitación se pretendía, sino que, por el contrario, la aludida atenuación o facilitación de la prueba del nexo causal da lugar ora a una indemnización siguiendo la regla de la responsabilidad proporcional —lo cual evidencia, en criterio de la Sala, que es la oportunidad perdida el daño que realmente se repara, en proporción al monto de la indemnización que procedería si se dispusiere la reparación con referencia al beneficio perdido—, ora, sin ambages, a la indemnización de un rubro del daño respecto del cual la relación causal con el hecho dañino sí se encuentra acreditada —la pérdida del chance; (...) si bien es cierto que se insiste en señalar que el examen respecto de la existencia de pérdida de chance u oportunidad comporta un asunto de incertidumbre causal entre el daño y el hecho que lo origina, no es menos verídico que se efectúa igualmente acentuado énfasis en señalar que el daño a reparar por este concepto no es la ventaja esperada —o el detrimento no evitado— sino, exclusivamente, la oportunidad o probabilidad perdida, cuyo valor necesariamente ha de ser inferior al del “daño final”; la distinción entre las dos referidas modalidades del daño va a condicionar, entonces, las consecuencias que se anudan a la calificación de la pérdida de oportunidad como un mecanismo de facilitación probatoria en punto de causalidad.

PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Relación de causalidad / PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Demostración de la relación causal entre el acontecimiento o la conducta dañosa y la desaparición de la probabilidad / PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Relación causal entre el hecho o conducta censurados y el beneficio definitivamente perdido / CLASE AUTONOMA DE DAÑO - Incertidumbre causal

La noción de pérdida de oportunidad no puede constituirse en un mecanismo que posibilite la declaración de responsabilidad del demandado en ausencia de acreditación del vínculo causal entre el hecho dañino y la ventaja inexorablemente

frustrada o el detrimento indefectiblemente sufrido por la víctima, de suerte que se condene —con apoyo en la figura en cuestión— a reparar la totalidad del provecho que ya no podrá obtenerse por el perjudicado a pesar de no haber sido establecida la causalidad. No. El concepto de pérdida de oportunidad implica que se demuestre la relación causal existente entre el acontecimiento o la conducta dañosa y la desaparición, exclusivamente, de la probabilidad de acceder a la ganancia o de evitar el deterioro como rubros que se integran efectivamente en el patrimonio del afectado, con independencia de los demás tipos de daño cuya ocurrencia pudiere tener lugar; la pérdida de oportunidad no representa, por tanto, una especie de daño subsidiario en defecto de prueba respecto de la relación causal entre el hecho o conducta censurados y el beneficio definitivamente perdido, sino una clase autónoma de daño respecto del cual no puede presentarse la tantas veces mencionada incertidumbre causal, toda vez que tal falta de certeza debería conducir, directa e indudablemente, a la exoneración de responsabilidad por el anotado concepto; de allí que resulte atinado aseverar que “cuando hablamos de la pérdida de una oportunidad, no podemos incluir allí la simple imposibilidad de saber cuál es la causa de un daño

TEORIA DE LA PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Pérdida de chance / TEORIA DE LA PERDIDA DE CHANCE - Pérdida de oportunidad / PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Distinción entre dos tipos de daño y dos cursos causales diferenciables / PERDIDA DE VENTAJA ESPERADA - Cuantificación de la indemnización

El correcto entendimiento y la adecuada utilización de la teoría de la pérdida de chance u oportunidad presupone, consiguientemente, la necesidad de distinguir entre dos tipos de daño y dos cursos causales nítidamente diferenciables: (i) el daño consistente en la imposibilidad definitiva de acceder a una ganancia o de evitar un perjuicio y la relación causal entre la pérdida de ese provecho buscado o la ocurrencia de ese deterioro patrimonial no querido y el hecho que se cuestiona si fue, o no, el desencadenante del respectivo daño; y (ii) el daño consistente en la pérdida de la probabilidad de obtener el aludido provecho o de eludir el referido detrimento y el ligamen causal existente entre la desaparición de tales posibilidades y el mismo hecho o conducta enjuiciados. Para que opere la noción de pérdida de oportunidad el primero de los dos daños aludidos —la pérdida de la ventaja esperada— sólo resulta de interés al momento de cuantificar la indemnización que haya de ordenarse y el primer vínculo causal mencionado carece de toda relevancia jurídica en el caso concreto; por el contrario, los segundos daño y ligamen causal en mención, sí deben hallarse acreditados en el proceso, pues de no ser así resultará inviable la imposición de una condena a reparar el tipo de daño del cual ahora se ocupa la Sala —la pérdida de chance—. En otros términos, la noción de pérdida de oportunidad sí comporta un análisis en sede de causalidad, pero se trata de un examen circunscrito a la existencia de vínculo causal entre la conducta o el hecho dañino y la desaparición de las probabilidades de ganancia o de evitación del deterioro, sin que en manera alguna deba extenderse al estudio de la relación de causalidad entre tales acontecer o proceder enjuiciados y el beneficio que finalmente perseguía la víctima.

CAUSALIDAD PROBALISTICA - Noción. Definición. Concepto / PROBALIDAD PREPONDERANTE - Demostración / PROBABILIDAD DETERMINANTE - Demostración

La aceptación de una noción de causalidad probabilística —como corolario del reconocimiento de la innegable realidad que se ha descrito en punto de los límites del conocimiento científico— en virtud de la cual el juez puede válidamente dar por

demostrada la relación de causalidad en un supuesto específico sin necesidad de exigir plena prueba o certeza absoluta de la misma, de suerte que puede bastar con la demostración de una probabilidad preponderante o probabilidad determinante —baremo de exigencia probatoria que, de hecho, ha sido admitido y aplicado por la jurisprudencia de esta Sección, por vía de ejemplo, frente a eventos de responsabilidad médica—, es una cuestión que no precisa, en modo alguno, del recurso a la figura de la pérdida de oportunidad, cuyos alcances, propósitos y ubicación conceptual entre los elementos del juicio de responsabilidad son claramente diversos, según se ha dejado expuesto: la causalidad probabilística perfectamente puede operar en el territorio del examen de la relación causal, sin necesidad de entremezclarse o de confundirse indebidamente con el contenido de una modalidad singular del daño, como lo es la pérdida de chance o de oportunidad.

OPORTUNIDAD DESAPARECIDA - Valor que debe ser indemnizado / MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN - Debe establecerse proporcionalmente

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.

PERDIDA DE CHANCE U OPORTUNIDAD - Recurso de estadística / RECURSO DE ESTADISTICA - Cálculo de probabilidades / PROBABILIDAD MATEMATICA - Noción. Aplicación / PROBABILIDAD ESTADÍSTICA, FRECUENCIAL O A POSTERIORI - Noción. Aplicación / PROBABILIDAD BAYESIANA - Noción. Aplicación / PROBABILIDAD LÓGICA - Noción. Aplicación

Para la cuantificación de la indemnización a reconocer por concepto de pérdida de oportunidad, entonces, será fundamental e ineludible el recurso a la estadística como herramienta que posibilita construir inferencias sobre la base del cálculo de las probabilidades que realmente tenía la víctima de conseguir el provecho esperado o de evitar la lesión a la postre padecida. Así pues, podrá recurrirse a reglas o elementos como la probabilidad matemática —a partir de la denominada Ley de Laplace, en virtud de la cual la probabilidad de un suceso puede calcularse dividiendo el número de casos favorables entre el total de los posibles—, la probabilidad estadística, frecuencial o a posteriori —la cual postula que la probabilidad de ocurrencia de un específico acontecimiento equivale a la proporción de ocasiones en las cuales el mismo sucedería según lo refleje la observación de lo acontecido en un número grande de eventos de características y condiciones similares—, la probabilidad bayesiana —alternativa a la matemática y a la estadística tradicional en la medida en que permite interiorizar, en el cálculo de probabilidades, informaciones propias del caso concreto, de suerte que permite un resultado singularizado frente a una hipótesis aislada—, la probabilidad lógica

—que permite conjuntar el examen de resultados estadísticos o matemáticos con el análisis de otras pruebas a partir de leyes, reglas, criterios o máximas de experiencia—, entre otras. Ya la jurisprudencia de esta Corporación ha hecho alusión a la exigencia de que para la reparación de la pérdida de una oportunidad se demuestre, de manera clara, cuál era la probabilidad que tenía el perjudicado de alcanzar el beneficio que anhelaba o de evitar el detrimento que le fue irrogado.

NOTA DE RELATORIA: Respecto a la determinación de la pérdida de oportunidad, consultar sentencia del 31 de agosto de 2006; expediente número 15772, Consejera Ponente doctora Ruth Stella Correa Palacio

PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Jurisprudencia / PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Noción. Definición. Concepto / PERDIDA DE CHANCE - Jurisprudencia / PERDIDA DE CHANCE - Noción. Definición. Concepto / PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Derecho de daños / PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Responsabilidad médica

En relación con la jurisprudencia del Consejo de Estado relacionada con la noción de pérdida de oportunidad, debe señalarse que la mayor parte de los desarrollos relacionados con este tópico han tenido lugar, siguiendo la línea que se evidencia en otras latitudes —a lo cual se hizo alusión precedentemente— en el derecho de daños y, más puntualmente, en el ámbito de la responsabilidad médica; es, entonces, en este terreno, aquél en el cual principalmente puede referirse la existencia de pronunciamientos en los cuales la Sala ha reconocido algunos de los elementos de la figura de la pérdida de chance, como la combinación de elementos de certeza y de incertidumbre que comporta, su aparente proximidad —que no identificación— con la antes mencionada causalidad probabilística, así como la distinción —también referida previamente en este proveído— entre la relación causal del hecho considerado dañino con la ventaja finalmente perdida o con el detrimento a la postre padecido por la víctima, de un lado y con la desaparición de la probabilidad de alcanzar dicho provecho o de evitar el deterioro patrimonial, de otro, como modalidades de daño claramente diferenciables.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la pérdida de oportunidad, ver sentencia del Consejo de Estado, de enero 24 de 2002, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, exp. 12706. En relación con la causalidad probabilística, consultar la sentencia del Consejo de Estado, de mayo 3 de 1999, M.P. Ricardo Hoyos Duque, exp. 11169.

PERDIDA DE CHANCE U OPORTUNIDAD - Daño autónomo / RESPONSABILIDAD MEDICA - Pérdida de un chance u oportunidad / PERDIDA DE OBTENER UNA ATENCION OPORTUNA - Demora en la práctica de los exámenes técnicos o especializados al paciente / PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD - Pérdida de oportunidad

Las circunstancias que rodean el presente caso tienen la virtualidad de ilustrar la dinámica de aplicación de la noción de pérdida de oportunidad como una modalidad de daño autónomo, cuya relación de causalidad con el hecho dañoso debe encontrarse plenamente acreditada y que no constituye un sucedáneo de prueba respecto del aludido nexos causal en supuestos en los cuales se dificulta la demostración, en el proceso judicial, del referido ligamen. Pues bien, aunque en este asunto, como se dejó indicado anteriormente, no puede concluirse con certeza que la no práctica oportuna de los exámenes técnicos o especializados en el paciente antes de su deceso habría contado con la eficacia causal necesaria para comprometer la responsabilidad de la entidad demandada, lo que sí resulta absolutamente claro es que las omisiones en que incurrió el cuerpo médico o

asistencial al momento de prestar el servicio de salud, excluyen la diligencia y cuidado con que se debió actuar para una eficaz prestación del servicio público. Y aunque tampoco existe certeza de que aún si la Administración hubiere actuado con la mencionada diligencia, la víctima habría recuperado su salud, lo cierto es que si el centro hospitalario hubiese obrado de esa manera, esto es con la pericia y el cuidado necesarios, no le habría hecho perder al paciente el chance u oportunidad de recuperarse. Así las cosas, dado que el retardo de la entidad le restó oportunidades al paciente de sobrevivir, pues resulta importante destacar que la víctima duró interna en el hospital por más de 5 horas sin practicársele evaluación alguna para contar con mayor información para un diagnóstico más exacto, la Sala declarará la responsabilidad de la parte demandada por la pérdida de la oportunidad de curación y de sobrevivir del paciente, la cual sí tiene nexo directo con la actuación administrativa.

EXCEPCION DE FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA – Se configuró

No obstante que la demanda también se dirigió contra el referido Departamento, lo cierto es que en este caso resulta completamente claro que la imputación jurídica y fáctica se concentra en la atención médica deficiente e inadecuada a cargo del Hospital San Lorenzo de Liborina (Antioquia), el cual es una Empresa Social del Estado del orden municipal que goza de personería jurídica –reconocida a través de Resolución 190 de 1964 proferida por la Gobernación de Antioquia–, cuenta con patrimonio propio y autonomía administrativa y se encuentra sometida al régimen jurídico previsto en la Ley 100 de 1993, tal como lo acreditan las certificaciones emitidas por la Oficina Jurídica de la Dirección Seccional de Salud del Departamento de Antioquia. Al no existir entonces imputación alguna en contra de dicho Departamento, se declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del mismo, la cual fue denegada por el Tribunal a quo en cuanto consideró que al ser el Departamento de Antioquia el ente que dotaba a los hospitales de médicos rurales y les impartía su instrucción básica, sí tenía legitimación en este asunto, consideración ésta que resulta desacertada en la medida en que ese aspecto no constituyó la causa petendi de la acción.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS - Pérdida de oportunidad / INDEMNIZACION DE PERJUICIOS – Criterio de la equidad / REPARACION INTEGRAL DEL DAÑO - Principio pro damnato / DERECHO DE DAÑOS - Principio pro damnato / PRINCIPIO PRO DAMNATO - Derecho de daños

Toda vez que no obran en el expediente más elementos probatorios que puedan ser valorados con miras a establecer, con fundamento en criterios técnicos, estadísticos y apoyándose en información objetiva y contrastada, la cuantía del daño que por concepto de pérdida de oportunidad le fue irrogado a la parte demandante, la Sala acudirá al criterio de la equidad como principio que el ordenamiento jurídico –artículo 16 de la Ley 446 de 1998– impone tener en cuenta para efectos de reparar de forma integral el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, a cuyo auxilio debe acudir, además, por virtud del denominado principio pro damnato, propio del derecho de daños.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 16

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EXTRACONTRACTUAL - Pérdida de oportunidad de recuperar la salud / FALLA EN EL SERVICIO DE SALUD - Omisión del personal médico y de enfermería / PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Indemnización de perjuicios

El daño que se ha de indemnizar no será propiamente el que corresponde a la muerte del señor Carlos Humberto Valencia Monsalve, sino el de la pérdida de oportunidad de recuperar su salud y poder sobrevivir por un tiempo adicional, no por ello se desconocerá el principio de congruencia en cuya virtud el juez en sus decisiones debe ceñirse estrictamente al petitum de la demanda o a las razones de defensa y las excepciones que invoque o alegue el demandado, porque en el presente caso una interpretación lógica y racional de la demanda permite advertir con claridad que la causa petendi no se circunscribió exclusivamente a identificar el hecho dañoso con la muerte del señor Valencia Monsalve sino que también se expuso, como configurativo del mismo, la omisión o la abstención del personal médico y de enfermería que se encontraban en la obligación legal de otorgarle al paciente la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria correspondiente, inacción que, precisamente equivale a la negación de la oportunidad que se ha venido destacando, de lo cual se infiere sin dificultad alguna que sobre esa base fáctica se encuentran edificadas las pretensiones de la demanda, que la Sala aquí acogerá en punto de la aludida pérdida de oportunidad (...) Por consiguiente, se reconocerá para cada uno de los padres de la víctima, un monto equivalente a sesenta (60) S.M.L.M.V., y para cada uno de los hermanos, treinta (30) S.M.L.M.V., por concepto del daño consistente en la pérdida de la oportunidad.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D.C., agosto once (11) de dos mil diez (2010).

Radicación: 05001-23-26-000-1995-00082-01(18593)

Actor: PEDRO EMILIO VALENCIA Y OTROS

Demandado: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA Y OTRO

Referencia: APELACIÓN SENTENCIA DE REPARACION DIRECTA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia que dictó el Tribunal Administrativo de Antioquia, el día 2 de diciembre de 1999, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES:

1.- La demanda.

En escrito presentado el día 16 de enero de 1995, los ciudadanos Pedro Emilio Valencia Vásquez, Ana Eva Monsalve Londoño; Guillermo León, Hilda Helena, Pedro Emilio y Leonel de Jesús Valencia Monsalve; y Oliva Correa Montoya, a través de apoderada judicial, formularon acción de reparación directa contra el Departamento de Antioquia y el Hospital San Lorenzo del Municipio de Liborina (Antioquia), con el fin de que se les declare administrativa y solidariamente responsables por los perjuicios materiales e inmateriales a ellos ocasionados, como consecuencia de la muerte de Carlos Humberto Valencia Monsalve, ocurrida el 16 de marzo de 1994 (fls. 23 a 53 c 1).

En este sentido, la parte actora formuló las siguientes pretensiones:

“3.1. Declárese que el DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA –Servicio Seccional de Salud– y el HOSPITAL SAN LORENZO del Municipio de Liborina - Antioquia, son solidaria y administrativamente responsables de todos los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes (1) PEDRO EMILIO VALENCIA VÁSQUEZ; (2) ANA EVA MONSALVE LONDOÑO; (3) GUILLERMO LEON, (4) HILDA HELENA, (5) PEDRO EMILIO y (6) LEONEL DE JESÚS VALENCIA MONSALVE y (7) OLIVA CORREA MONTOYA, por la muerte de CARLOS HUMBERTO VALENCIA MONSALVE, hijo de los dos primeros; hermano de los cinco siguientes y compañero permanente de la última, ocurrida en las horas de la madrugada del día 16 de marzo de 1994 en el Hospital San Lorenzo del Municipio de Liborina –Antioquia, por falta de atención médica.

3.1.1. Condénase al DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA –Servicio Seccional de Salud– representado por el Gobernador, y al HOSPITAL SAN LORENZO del Municipio de Liborina - Antioquia, representado por el Médico Director a indemnizar –en forma solidaria– los perjuicios morales subjetivos causados a (1) PEDRO EMILIO VALENCIA VÁSQUEZ; (2) ANA EVA MONSALVE LONDOÑO; (3) GUILLERMO LEON, (4) HILDA HELENA, (5) PEDRO EMILIO y (6) LEONEL DE JESÚS VALENCIA MONSALVE y (7) OLIVA CORREA MONTOYA, por el dolor, la angustia, la congoja y la pena que les produce la muerte del hijo, hermano y compañero permanente CARLOS HUMBERTO VALENCIA MONSALVE, perjuicios estimados en el equivalente en pesos colombianos de siete mil (7.000) gramos de oro fino (mil gramos por cada demandante) a la fecha de ejecutoria de la sentencia que al precio actual valen la cantidad de \$77'000.000.00 (\$11'000.000.00 para cada demandante), de acuerdo con el certificado que expida el Banco de la República.

3.1.2. Condénase al DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA –Servicio Seccional de Salud– representado por el Gobernador, y al HOSPITAL SAN LORENZO del Municipio de Liborina - Antioquia, representado por el Médico Director a indemnizar –en forma solidaria– los perjuicios materiales.

3.1.2.1. DE LUCRO CESANTE

3.1.2.1.1. *Sufridos por OLIVA CORREA MONTOYA, consistentes en la pérdida de las cuotas periódicas de ayuda que le proporcionaba su compañero permanente muerto, quien la sostenía en todo, ya que no tiene ninguna capacidad económica, indemnización que se debe desde la fecha de la muerte del protector, el 16 de marzo de 1994 hasta el límite de vida probable de OLIVA CORREA MONTOYA, de acuerdo con las tablas aprobadas por la Superintendencia Bancaria, según el artículo 1615 del Código Civil y que se estiman en \$ 21'863.926.00 (\$1'227.360.00 por lucro cesante consolidado y \$ 20'636.566.00 por lucro cesante futuro), suma que se deberá actualizar de acuerdo con la variación porcentual del Índice Nacional de Precios al Consumidor de Ingresos Bajos (obreros) entre el mes de marzo de 1994 y el anterior al de la ejecutoria de la sentencia.*

3.1.2.2. DE DAÑO EMERGENTE

3.1.2.2.1. *Sufridos por PEDRO EMILIO VALENCIA VASQUEZ, consistentes en los gastos que hizo para la inhumación del cadáver de CARLOS HUMBERTO VALENCIA, pagados a la FUNERARIA LIBORINA y que ascienden a la suma de \$240.000.00, según recibo del 16 DE MARZO DE 1994, suma que se deberá actualizar de acuerdo con la variación porcentual del Índice Nacional de Precios al Consumidor de Ingresos Bajos (obreros) entre el mes de marzo de 1994 y el anterior al de la ejecutoria de la sentencia.*

3.1.2.2.2. *Sufridos por OLIVA CORREA, consistentes en los gastos que hizo para la ceremonia religiosa de entierro y misa del cadáver de CARLOS HUMBERTO VALENCIA MONSALVE, pagados a la Parroquia de Liborina y que ascienden a la suma de \$30.000.00, según recibo del 17 DE MARZO DE 1994, suma que se deberá actualizar de acuerdo con la variación porcentual del Índice Nacional de Precios al Consumidor de Ingresos Bajos (obreros) entre el mes de marzo de 1994 y el anterior al de la ejecutoria de la sentencia.*

3.2. *Ordénese al DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, y al HOSPITAL SAN LORENZO del Municipio de Liborina - Antioquia, dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo, y que se impute primero a la amortización de los intereses todo pago que se haga”.*

2.- Los hechos.

La parte actora narró, en síntesis, los siguientes:

El día 15 de marzo de 1994, el señor Carlos Humberto Valencia Monsalve se encontraba en compañía de unos amigos en un establecimiento de comercio en el Municipio de Liborina (Antioquia) y de repente fue agredido por otra persona que llegó al lugar, quien le propinó golpes en la cabeza, dejándolo inconsciente, razón

por la cual fue conducido por sus compañeros al Hospital San Lorenzo de esa municipalidad para que le suministraren la respectiva atención médica.

Al llegar al mencionado hospital, tanto los médicos como las enfermeras se abstuvieron de atenderlo con apoyo en el argumento de que no se trataba de un paciente enfermo sino de un borracho.

Dado que la víctima no fue atendida, sus acompañantes solicitaron la autorización para retirarlo del hospital para conducirlo a otro lugar en el cual le brindarían la atención médica requerida, habida consideración de la gravedad de su salud; sin embargo, el médico de turno se negó a ello porque el señor Valencia Monsalve, según él, se encontraba muy borracho y debía dormir.

Posteriormente, se les indicó a los compañeros de la víctima que debían retirarse del centro hospitalario, quienes nuevamente solicitaron permiso para sacarlo de allí sin obtener respuesta favorable, de modo que los amigos de Carlos Humberto Valencia Monsalve procedieron a irse entre la 1:15 y 1:30 A.M.

Horas más tarde el señor Valencia Monsalve falleció en el Hospital San Lorenzo, a causa de un "HEMATOMA EPIDURAL POR TRAUMA".

A juicio de la parte actora, el personal médico y de enfermería se encontraban en la obligación legal de otorgarle al paciente la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria correspondiente.

3.- Contestación de las entidades demandadas.

Notificadas del auto admisorio de la demanda, las entidades demandadas procedieron a contestarla en los siguientes términos:

El Departamento de Antioquia se opuso a la prosperidad de las pretensiones por considerar, en primer lugar, que no le asiste responsabilidad alguna en el hecho dañoso; en segundo término, porque considera que no existió falla en la prestación del servicio médico y, por ende, no se configura la responsabilidad patrimonial del Estado.

Indicó que el Departamento de Antioquia es el encargado de proveer a los hospitales de médicos rurales mediante la escogencia de profesionales titulados. En tal sentido, ejecuta una inducción a cada médico para que asuma sus funciones, quienes se encargan de cada caso a través de los análisis y estudios clínicos respectivos.

En el presente asunto no existió ausencia, omisión o ineficiencia en el servicio, toda vez que a la víctima se le suministró una atención eficiente a través de la cual se le practicó un tratamiento científico adecuado frente al cuadro clínico que presentaba.

No puede atribuírsele responsabilidad alguna al Departamento de Antioquia, por cuanto el servicio es asumido por personal idóneo y capacitado, el cual actuó con diligencia y aplicó todos sus conocimientos científicos.

Propuso, a título de excepciones, la inexistencia de la obligación porque el daño no fue causado por alguno de sus empleados debido a que el tratamiento suministrado al paciente fue correcto y adecuado y además no constituyó la causa de la muerte de la víctima; también formuló la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que se trata de entidades distintas, pues el Hospital San Lorenzo de Liborina es un ente independiente, dotado de personería jurídica, con autonomía administrativa y financiera, así como de patrimonio propio, por manera que la demanda no debió dirigirse contra el Departamento de Antioquia (fls. 65 a 70 c 1).

Por su parte, el Hospital San Lorenzo de Liborina E.S.E., solicitó igualmente desestimar las pretensiones de la demanda, para lo cual se pronunció frente a cada hecho; luego llevó a cabo unas consideraciones generales acerca de los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la falla en el servicio médico. Finalmente sostuvo que la actuación desplegada por el personal del hospital fue acertada y adecuada frente al cuadro clínico que presentaba el paciente, dado que utilizó todos sus conocimientos científicos sin que pueda considerarse la existencia de negligencia, pues la misma se habría configurado si se hubiere permitido que el paciente saliera del centro asistencial como lo pretendían sus acompañantes.

Formuló como excepción la inexistencia de la obligación, la cual fue sustentada bajo idénticos argumentos utilizados por el Departamento de Antioquia al momento de fundamentar la misma excepción, esto es que el daño no fue causado por alguno de sus empleados debido a que el tratamiento suministrado al paciente fue correcto y adecuado y además no constituyó la causa del deceso de la víctima (fls. 72 a 78 c 1).

4.- Alegatos de conclusión en primera instancia.

Sólo el Departamento de Antioquia intervino en esta oportunidad procesal (fls. 132 y 133 c 1), y señaló que:

Se tiene como cierto e indiscutible que el señor “Humberto” falleció en las instalaciones del hospital demandado, pese a ser atendido en contra de su voluntad y encontrándose en observación.

A juicio de los actores, a la víctima se le negó la atención médica, lo cual no es cierto, tal como lo acredita la historia clínica correspondiente y con algunos de los testimonios rendidos en el proceso, pues desde el primer momento en que el paciente ingresó al centro hospitalario contó con la asistencia de los auxiliares de enfermería y del médico de turno, destacándose que el paciente no se dejaba atender y debió dejarse en observación en contra de su voluntad y de la de sus acompañantes.

Es claro que la atención a la víctima fue diligente y cuidadosa de acuerdo con los manuales de procedimiento frente a esos casos, afirmación compartida por los peritos designados en este proceso, puesto que el deceso del paciente fue un hecho imprevisible.

5.- La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante sentencia proferida el 2 de diciembre de 1999, denegó las pretensiones de la demanda, toda vez que consideró que al paciente sí se le suministró la atención médica respectiva – contrario a lo sostenido por la parte demandante– y además porque concluyó, con fundamento en el acervo probatorio del proceso, que dicha atención fue adecuada,

razón por la cual no podía predicarse falla alguna en la prestación del servicio médico asistencial (fls. 136 a 146 c 1).

6.- La apelación.

Inconforme con la anterior sentencia, la parte actora interpuso recurso de apelación con el propósito de obtener su revocatoria y, por ende, el acceso a las súplicas de la demanda (fls. 148 a 154 c ppal).

Señaló que a la víctima no se le suministró tratamiento alguno ni se le practicaron exámenes de rayos X de su cráneo para descartar la “fractura lineal del peñasco del hueso temporal”, así como tampoco se le ordenó la práctica de una escanografía, pues lo único que se le hizo al paciente fue la sutura de sus heridas en el cuero cabelludo.

Agregó que no puede aceptarse que la atención médica hubiese sido adecuada, por cuanto el paciente llegó al hospital a las 10:00 P.M., y a las 4:00 A.M., murió por causas que apenas se descubrieron en la necropsia.

Indicó que el Tribunal de primera instancia no advirtió las contradicciones en las cuales incurrieron dos de las auxiliares de enfermería en sus declaraciones respecto del tratamiento dado al paciente, lo cual constituye un indicio grave del comportamiento médico omisivo que condujo a la muerte del señor Carlos Humberto Valencia Monsalve.

Sostuvo que en este caso no puede predicarse la relatividad de la falla, dado que si bien es aceptable que en algunos eventos los centros hospitalarios carecen de la infraestructura y del personal médico idóneo para efectuar diagnósticos acertados frente a traumas encefalocraneanos, también es cierto que ante esos eventos la entidad demandada debe demostrar la diligencia y el cuidado necesarios para la recuperación del paciente, lo cual no ocurrió en este asunto.

Finalmente, la parte impugnante transcribió *–in extenso–* una sentencia proferida por esta Sección del Consejo de Estado a través de la cual, según su juicio, se sustentan sus citas porque considera que le es aplicable a su caso.

7.- Alegatos de conclusión en segunda instancia.

Las partes se abstuvieron de intervenir en esta oportunidad procesal.

II. CONSIDERACIONES :

1.- Análisis de las pruebas y los hechos probados.

Al proceso se allegaron los siguientes medios de prueba:

- Certificado del registro civil de defunción del señor Carlos Humberto Valencia Monsalve, cuya muerte se produjo el 16 de marzo de 1994 en el Municipio de Liborina - Antioquia (fl. 17 c 1).

- Copia auténtica del acta de necropsia de la víctima, practicada el 17 de marzo de 1994 (fls. 30 a 33 c 2), según la cual:

“EXAMEN EXTERNO:

“

Cabeza:

*Salida de sangre por nariz.
Hemotímpano derecho.
Hematoma frontal derecho.*

Cuero cabelludo:

Lesiones en zona parieto temporal derecha así:

*Lesión de 4 cms bordes irregulares con sutura.
Lesión de 2 cms zona temporal derecha bordes irregulares.
Lesión lineal horizontal de 4 cms zona occipital con sutura.*

No hay signos de fracturas externas.

EXAMEN INTERNO:

1. Sistema Nervioso Central:

Hematoma epidural zona temporal derecha con fractura lineal del peñasco del temporal, herniación de las amígdalas cerebelosas con compresión del tallo.

“.....

DIAGNOSTICO MACROSCOPICO:

Contusiones múltiples con trauma encefalocraneano, hemorragia epidural, fractura hueso temporal, herniación amígdalas cerebelosas.

CONCLUSION:

La muerte de quien en vida respondía al nombre de CARLOS HUMBERTO VALENCIA MONSALVE, fue consecuencia natural y directa de hematoma epidural causado por golpe contuso, lesión de naturaleza simplemente mortal”.

- Copia autenticada de la historia clínica de la víctima (fls. 36 a 38 c 2), según la cual:

“Ingreso: 15 de marzo de 1994; hora: 10:30P.M.

Paciente alicorado que sufre caída de su propia altura, sufriendo trauma en tej. blandos en 3 sitios de su cabeza.

Se palpa tabla ósea íntegra.

Se suturan 2 de las heridas.

La 3ra no lo amerita.

Difícil manejo del paciente por su alicoramiento. Pupilas normales.

IDX - TEC leve.

Trauma tej. blando.

c/ observación:

Vigilar s.v. c/ 3 hrs pupila P/A.

Evaluar glasgow.

Avisar cambios.

5 A.M. Lllaman a evaluar paciente porque falleció.

Encuentro paciente muerto a las 5 a.m.”.

- Testimonio del señor Juan Carlos Morales Martínez (fls. 101 y 103 c 1), quien manifestó:

“(...) yo salía de la terraza y estaba viendo un partido de fútbol entonces vi un poco de gente amontonada en la charcutería y estaba HUMBERTO ahí tirado echando sangre en la cabeza, nadie lo quería recoger entonces yo con otros compañeros ... lo montamos al carro y yo le puse la mano en la cabeza para que no echara mucha sangre, al llegar al hospital a mí me dejaron afuera ... según escuchaba yo de afuera HUMBERTO no se quería dejar coser la cabeza, al no dejarse coser me pidieron el favor que entrara yo a ver si lo calmaba, entonces lo cosieron, él no se quería dejar coser pero sin embargo lo cosieron (...).”

- Declaración del señor Alberto Montoya Morales (fls. 107 y 108 c 1), quien sostuvo:

“(...) Nosotros estábamos tomándonos unos aguardientes viendo un partido y le dieron unos golpes contra un muro en un orinal y después se llevó al hospital, en el hospital lo entregamos por urgencias, después de ahí lo pasamos a la pieza porque dijeron en el hospital que lo iban a dejar por observación, después ya que vimos que estaba por cuenta del hospital nos vinimos de ahí, al rato bajamos a llevarle una camisa, preguntamos por él y entonces dijeron que estaba dormido, que estaba bien, que estaba dormido entonces nos vinimos otra vez hasta el otro día que me vine a dar cuenta que se había muerto ... Llegamos a urgencias, las enfermeras lo recibieron y lo entraron a urgencias pero no se qué más le hicieron allá ... estaba lesionado en la cabeza, emanaba sangre bastante (...)”.

Al preguntársele al testigo acerca del tiempo transcurrido entre el momento en el cual la víctima se lesionó y su traslado al hospital, aquél respondió: <<Eso fue muy rápido, lo cogimos en un carro y lo llevamos al hospital y la policía bajó al rato>>.

- Testimonio del señor Ramiro de Jesús Castaño Velásquez (fls. 109 a 110 c 1), quien indicó:

“(...) yo bajé a visitarlo porque éramos muy amigos, bajé con ALBERTO MONTOYA, allá nos encontramos con otros dos compañeros ... preguntamos que si lo dejaban ver y no nos dejaron entrar tampoco ... nos quedamos mucho rato afuera hasta que salió un empleado de allá, no recuerdo quién era, pero él salió y nos dijo que él estaba fuera de peligro y que él estaba dormido por efecto de la borrachera (...)”.

- Testimonio de la señora Luz María Rojas Maya (fls. 105 a 107 c 1), quien señaló:

“(...) El llegó [el paciente], no recuerdo si antecito (sic) de las diez o fue después, pero en un promedio mas o menos de las diez de la noche, cuando llegó un carro, fuimos a ver qué había llegado y era el señor CARLOS HUMBERTO con dos heridas en el cuero cabelludo, lo recibimos, lo bajamos del carro y lo pasaron caminando a urgencias, se llamó al doctor JUAN BERNARDO CORTES y él bajó a revisar el paciente, el paciente estaba consciente, orientado, nos insultaba con palabras feas, que lo dejáramos, que no le hiciéramos nada que él se quería ir para la casa, entonces tuvimos que hacer pasar a uno de los compañeros que lo había llevado, fueron tres compañeros ... él se bajaba de la camilla, se sentaba en las escalas, en la escala no sino en la escalita por donde el paciente se monta en la camilla, esa sutura se demoró mucho por esa cosa de que él no se dejaba, que lo dejáramos, que él se quería ir, el doctor lo examinó muy bien, la presión estaba normal. Una cosa muy importante es que los compañeros nunca nos dijeron qué había sucedido sino que él se había caído de su propia altura, me imagino que hacia atrás o yo no se. El doctor le examinó los oídos, los ojos, que inclusive el doctor ni lo iba a dejar en observación pero con la insistencia de la compañera que lo dejara el doctor lo dejó en observación y le mandó signos vitales cada tres horas, los signos vitales estuvieron hasta las tres de la mañana, respondía y la presión estaba bien, nosotros estábamos dando droga de cuatro cuando fuimos a darle

vuelta y lo encontramos como con un ronquido, o sea en estupor o sea cuando el paciente no responde, que uno lo llama y no responde, inmediatamente llamamos al doctor que estaba de turno y él bajó, en el trayecto que se llamó y que él vino ya había muerto, porque el médico no vive en el hospital sino en su apartamento y se le llama por el medio de comunicación que tenga ... vivía [refiriéndose al médico] en la cuadra de la bomba, aproximadamente cuatro (sic) cuabras del hospital, vivía en un tercer piso, se movilizaba a pie, nosotros lo llamamos por radio teléfono ... Ellos [haciendo alusión a los médicos de turno] amanecen siempre en su apartamento o casa donde vivan pero nos están informando si ellos van a estar en otra parte, pero si por ejemplo hay un paciente que amerite quedarse en el hospital ellos siempre lo hacen (...)”.

En relación con la atención brindada al paciente, la enfermera que compareció al proceso en calidad de testigo, señaló: <<Se lavó las heridas y lo suturó el médico, no mas, porque a él no se le aplicó ningún tipo de tratamiento>>.

- Declaración de la señora Silvia Yaneth Torres –auxiliar de enfermería– (fls. 110 a 112 c 1), quien narró lo siguiente:

“(...) él [la víctima] llegó por hay (sic) tipo diez o diez y media de la noche, un 16 de marzo, no recuerdo bien si es del 93 o del 94, creo que en el 93 mas bien, llegó en compañía de dos muchachos en la camioneta blanca de RODOLFO, llegó borracho, se llamó al médico perdón al doctor JUAN, no recuerdo el apellido, estaba dentro del hospital, él estaba atendiendo a un niño que habían traído de Medellín de una remisión, a él se le lavaron las dos heridas, se le tomaron los signos se le preguntó que qué le había pasado y él dijo que se había caído, el médico lo suturó, él estaba muy necio, muy negativo, nos trataba mal, él quería que lo dejáramos que no lo molestáramos, que porque eso no era nada grave, se bajó de la camilla, se sentó en la escalita, el médico lo suturó y lo dejó en observación, los amigos dijeron todos que él se había caído, yo le pregunté a ellos que quién respondía por la cuenta y me dijeron que por eso no había problema, que como él se iba a quedar al otro día arreglábamos, los dos amigos lo cogieron así de los hombros y él estaba muy negativo a quedarse y de todas maneras lo llevaron para el cuarto y se acostó allá, él se quedó en su cuarto, estuvo con signos estables, se le estaban controlando sus signos cada media hora, él seguía insistiendo que lo dejaran ir para seguir celebrando porque estaban celebrando algo como de un partido, él estuvo con sus signos estables todo el tiempo, se le estaban controlando cada media hora, luego a las cuatro ya estábamos dando la droga de cuatro (sic) a los demás enfermos pasamos al cuarto de él, por hay cuatro o cuatro y diez nos acercamos la compañera y yo y vimos de que él estaba como en las últimas haciendo fuerza retorciéndose entonces llamamos al celador para que llamara al médico, el médico inmediatamente bajó, cuando el médico llegó a examinarlo él expiró ... Estaba fuera [el médico de turno] del hospital, se encontraba por hay a cinco minutos del hospital a pie ... A él [el paciente] se le lavaron las heridas, se suturó y se dejó en observación, la herida era mas bien superficial, en el cuero cabelludo y se suturó, no presentaba hematoma y se dejó en observación y se estuvo controlando ... Tenía dos lesiones a nivel del cuero cabelludo,

con compromiso de cuero cabelludo no más, una sí tenía unos bordes desiguales (...)”.

- Prueba pericial practicada dentro de este proceso (fls. 121 a 123 c 1), en la cual se dictaminó:

“En primer lugar en un hospital de primer nivel como el Hospital de Liborina no hay disponibilidad de equipos sofisticados como un Escanógrafo los cuales sólo se encuentran en hospitales de máxima tecnología, el único examen que hubiese sido posible realizarle en caso de tener disponible dicho equipo hubiesen sido unos rayos x de cráneo, en el cual eventualmente se hubiese podido detectar la fractura lineal del peñasco del hueso temporal, la cual no cambiaba en nada el manejo del paciente, pues dicho paciente según aparece en la historia clínica ingresó consciente y así estuvo por varias horas, además tenía los signos vitales estables y el hematoma es una lesión que se va haciendo con el tiempo, y va acompañado de pérdida de la consciencia en forma progresiva.

“

Acá hay que hablar de dos clases de lesiones las aparentes a simple vista o externas, y las internas (fractura lineal de peñasco) que debió ser inmediata y el hematoma a posteriori. En general el paciente recibió la atención recomendada bajo el punto de vista científico en el lugar donde se encontraba, además hay que tener en cuenta que las lesiones internas no se manifestaron inmediatamente, y el tratamiento dado era el que ameritaba para el caso y situación específica, pues como se relata en el cuaderno de pruebas folio 78 el hematoma epidural evoluciona generalmente en las primeras 24 horas.

“

En el caso que nos ocupa hay que partir de los hechos como aparecen consignados en la historia clínica, referentes al estado y condiciones en que llegó el paciente.

En primer lugar el paciente llegó ebrio, hecho que dificulta no sólo la atención, sino cualquier examen médico inicial, llegó con heridas en el cuero cabelludo a las cuales se les dio el tratamiento adecuado. Se hizo un diagnóstico de TEC leve (trauma encefalocraneano leve) al cual se le debe hacer seguimiento de signos vitales, neurológicos, presión arterial y reflejo pupilar como los realizados al paciente, el cual estuvo por varias horas consciente.

Lo que un paciente con un tec leve requiere inicialmente es observación como la proporcionada.

En caso de compromiso progresivo de la consciencia y/o neurológico se debería remitir para un centro de máxima tecnología donde después de una evaluación inicial, y un período de observación y posiblemente realizarle una escanografía que en caso de demostrar la presencia del hematoma se hubiese procedido a evacuarlo.

“.....

El tratamiento recomendado es la atención inicial de la urgencia mas inmediata, estabilizar el paciente y colocarlo en un período de observación como se realizó en el caso que nos ocupa”.

De conformidad con el conjunto probatorio antes descrito, la Sala encuentra probado que el señor Carlos Humberto Valencia Monsalve falleció en las primeras horas del día 16 de marzo de 1994, a causa de un hematoma epidural causado por un golpe padecido horas antes, tal como se desprende de la copia autenticada del acta de necropsia y del registro civil de defunción de la víctima. El señor Valencia Monsalve se encontraba en un establecimiento de comercio ubicado en el municipio de Liborina y allí sufrió una lesión en su cabeza, por lo cual fue trasladado de inmediato al Hospital San Lorenzo de esa municipalidad con el fin de que fuese atendido en dicho centro asistencial.

Según reporta la historia clínica del paciente, la víctima ingresó a las 10:30 P.M., del día 15 de marzo de 1994 y se le diagnosticó *“trauma en tej. blandos en 3 sitios de su cabeza; Tec leve”*, frente a lo cual se dispuso controlar sus signos vitales cada 3 horas, evaluar glasgow y pupilas y avisar cambios. El paciente fue dejado en observación en una habitación y horas más tarde falleció.

La Sala encuentra entonces que la atención suministrada a la víctima se limitó a la respectiva valoración, a la limpieza y sutura de las heridas, pues según lo refleja la reducida historia clínica del paciente, éste ingresó por urgencias y se le diagnosticó *“trauma en tej. blandos en 3 sitios de su cabeza”*, esto es un trauma encefalocraneano leve; el paciente, sin que mediare la práctica de evaluación alguna, fue dejado supuestamente en observación pero entre las 4:00 y 5:00 A.M., el señor Valencia Monsalve falleció como consecuencia, precisamente, de las lesiones por las cuales fue llevado al centro hospitalario.

A juicio de la Sala, dentro del expediente no obran los medios de convicción necesarios para determinar, con claridad meridiana, que la causa determinante del daño hubiere sido la falta de evaluaciones encaminadas a determinar la gravedad de la lesión; dicho de otra manera, no existe certeza acerca de que la entidad demandada hubiere practicado los exámenes para establecer cuál era en realidad la lesión padecida por la víctima y la gravedad de la misma, ello habría impedido que el señor Carlos Humberto Valencia Monsalve hubiese fallecido.

No obstante lo anterior, la Sala estima que el daño antijurídico sufrido por la parte demandante sí debe repararse, por cuanto la falta de evaluaciones y, en general, la ausencia de atención idónea y necesaria para determinar la dimensión de la lesión padecida por el paciente y su respectivo tratamiento compromete la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada a través de la pérdida de oportunidad, frente a lo cual cabe señalar:

2.- La “pérdida de oportunidad” o “pérdida de chance” como modalidad del daño a reparar.

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, a una zona limítrofe que se corresponde con “... una situación en que hay un comportamiento antijurídico que ha interferido en el curso normal de los acontecimientos, de manera que ya no puede saberse si el afectado por ese comportamiento ..., habría o no obtenido cierta ganancia o evitado cierta pérdida. 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”¹.

En ese orden ideas, 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 patrimonial²; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un

¹ CAZEAUX, Pedro, “Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de chance”, en *Temas de responsabilidad civil. En honor al doctor Augusto M. Morello*, N° 10, p. 23 y ss., apud TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance. Presupuestos. Determinación. Cuantificación*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 25-26.

² MAYO, Jorge, “El concepto de pérdida de chance”, en *Enciclopedia de la responsabilidad civil. Tomo II*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 207.

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 deseaba³, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento.

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; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento; no ofrece lugar a la menor hesitación que *“esa oportunidad está definitivamente perdida, la situación es irreversible y la ‘carrera’ de concatenación causal y temporal hacia la ventaja se ha detenido de manera inmodificable. Hay un daño cierto sólo desde el punto de vista de la certeza de la probabilidad irremediablemente truncada. Esa probabilidad tenía un determinado valor, aunque difícil de justipreciar, que debe ser reparado”*⁴.

Por otra parte, con el fin de precisar los alcances de la noción de “pérdida de oportunidad” conviene identificar con la mayor claridad posible sus límites: así, de un lado, en caso de que el “chance” constituya en realidad una posibilidad muy vaga y genérica, se estará en presencia de un daño meramente hipotético o eventual que no resulta indemnizable y, de otro lado, no puede perderse de vista que lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen rubros distintos del daño. En consecuencia, la oportunidad difuminada como resultado del

³ En esa dirección sostiene Zannoni que esta modalidad de daño *“lesiona un interés y, por ende, priva al sujeto de esa facultad de actuar, que aunque no constituyera el sustento de un derecho subjetivo, era una facultad que ciertamente, integraba la esfera de su actuar lícito —el acere licere, es decir de su actuar no reprobado por el derecho. La lesión de ese interés —cualquiera sea éste— produce en concreto un perjuicio”* (énfasis en el texto original). Cfr. ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 36.

⁴ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*, Hammurabi, Buenos Aires, 1990, p. 274, *apud* TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 30.

hecho dañoso no equivale a la pérdida de lo que estaba en juego, sino a la frustración de las probabilidades que se tenían de alcanzar el resultado anhelado, probabilidades que resultan sustantivas en sí mismas y, por contera, representativas de un valor económico incuestionable que será mayor, cuanto mayores hayan sido las probabilidades de conseguir el beneficio que se pretendía, habida consideración de las circunstancias fácticas de cada caso⁵.

La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del “chance” en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto, frente a lo cual resulta lógico que dicha oportunidad perdida *“tiene un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego, sino que ha de ser, necesariamente, inferior a él”*, para su determinación

“... 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 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”⁶.

De acuerdo con lo anterior, puede sostenerse que los requisitos cuya concurrencia se precisa con el propósito de que pueda considerarse existente la pérdida de oportunidad como daño indemnizable en un caso concreto, son los siguientes:

⁵ En la anotada dirección, se ha sostenido lo siguiente en punto de aquello en lo que consiste la pérdida de oportunidad: *“La desaparición de la probabilidad de un evento favorable, siempre y cuando esta oportunidad aparezca suficientemente seria. Cuando la pérdida de una oportunidad es establecida, constituye un perjuicio indemnizable. Pero este se limita a dicha pérdida; sólo la pérdida de la oportunidad será compensada, y no la totalidad del beneficio que la víctima habría obtenido en caso de que hubiese ocurrido el evento cuya realización ha sido impedida por culpa del deudor”*. Cfr. LE TORNEAU, Philippe, *La responsabilidad Civil Profesional*, Legis, Bogotá, 2006, p. 85.

⁶ TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 35.

(i) *Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio*, lo cual significa que esta modalidad de daño da lugar a un resarcimiento a pesar de que el bien lesionado no tiene la entidad de un derecho subjetivo —pues se trata de un mero interés legítimo, de la frustración de una expectativa, sin que ello suponga que se trata de un daño puramente eventual—, siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente”⁷ de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes⁸;

(ii) *Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento*, vale decir, la probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en indebida⁹; lo expuesto se antoja lógico en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el “chance” aún no estaría perdido y nada habría por indemnizar; por tanto, si bien se mantiene la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir la ganancia o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido definitivamente del patrimonio —material o inmaterial— del individuo porque dichos resultados ya no podrán ser alcanzados jamás.

⁷ *Idem*, pp. 38-39.

⁸ A este respecto se ha sostenido que “... la chance u oportunidad, es una posibilidad concreta que existe para obtener un beneficio. El incierto es el beneficio pero la posibilidad de intervenir es concreta, pues existe de forma indiscutible. Por eso sostenemos que existe daño jurídicamente indemnizable cuando se impide esa oportunidad o esa chance: se presenta el daño... Las dificultades pueden presentarse en la evaluación, porque lógicamente ésa no puede ser la del beneficio que posiblemente se habría obtenido sino otra muy distinta” (énfasis añadido). Cfr. MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, *Responsabilidad civil extracontractual*, Temis, Bogotá, 2003, p. 260.

En similar sentido, Trigo Represas señala que “[E]n efecto, si la chance aparece no sólo como posible, sino como de muy probable y de efectiva ocurrencia, de no darse el hecho dañoso, entonces sí constituye un supuesto de daño resarcible, debiendo ser cuantificada en cuanto a la posibilidad de su realización y no al monto total reclamado.

La pérdida de chance es, pues, un daño cierto en grado de probabilidad; tal probabilidad es cierta y es lo que, por lo tanto, se indemniza (...) cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por el responsable, pudiendo valorársela en sí misma con prescindencia del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad” (subrayas fuera del texto original). Cfr. TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 263.

⁹ HENAO, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 159-160.

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 tenían¹⁰—;

(iii) La víctima debe encontrarse en una *situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado*, es decir que debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba, posición jurídica que *"no existe cuando quien se pretende damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida"*¹¹.

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"*¹², de suerte que la noción de pérdida de oportunidad *"entra en juego,*

¹⁰ Al respecto la doctrina afirma que *"...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"*. Cfr. 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.

¹¹ ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, cit., pp. 110-111.

¹² 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.

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 intuición, sospecha o certeza moral de que lo hizo”¹³; 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. (...)

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 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)”¹⁴.

Desde la postura a la cual se viene haciendo alusión se sostiene que la doctrina de la pérdida de oportunidad constituye un instrumento de facilitación probatoria de creación jurisprudencial cuya consolidación recientemente se ha dado en el ámbito del derecho de daños —especialmente tratándose de la responsabilidad médico-sanitaria—, pero que realmente se originó en el derecho de contratos —y se cita como fuente el caso *Chaplin v. Hicks*, de 1911, en el Reino Unido, en el cual se reconoció a la demandante, una de las cincuenta finalistas de un concurso de belleza, una indemnización por la pérdida de la oportunidad de optar a uno de los

¹³ *Idem*, p. 79.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 87 y 264.

premios del certamen como consecuencia de no haberle sido notificado por el demandado el día en el cual se celebraba la final—; de acuerdo con este enfoque,

“... la doctrina de la pérdida de oportunidad se entiende como una teoría de causalidad probabilística (Probabilistic Causation), conforme a la cual, en los casos de incerteza causal mencionados, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación o de supervivencia, consideradas a la luz de la ciencia médica, que deben ser indemnizadas. En tal caso, es posible condenar al facultativo por el daño sufrido por el paciente pero se reduce el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido igualmente de haber actuado aquél diligentemente” (énfasis añadido)¹⁵.

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

No obstante las aparentemente irreconciliables diferencias a las cuales conduciría la anotada disparidad de enfoques respecto del ámbito en el cual procede estudiar

¹⁵ 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. 3-4; accesible en <http://www.indret.com/pdf/288.es.pdf>.

¹⁶ *Ejusdem*, p. 88.

¹⁷ Cfr. MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad*, cit., p. 88. En el mismo sentido, el autor citado —p. 89— expresa lo siguiente en relación con el tipo de supuestos en los cuales la noción de pérdida de oportunidad debe tener aplicación: “Cuando la probabilidad no es insignificante, pero tampoco es 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” (énfasis añadido).

la naturaleza y los alcances de la noción de “pérdida de oportunidad” —esto es, si se trata de un elemento relacionado con el examen de la relación causal o si, en cambio, constituye una modalidad de daño autónoma—, llama la atención que incluso quienes defienden que la operatividad de la figura en comento tiene lugar en el territorio de la causalidad, concluyen que la pérdida de chance da lugar a que se repare un daño que no coincide con la plena ventaja que se esperaba obtener o con el detrimento cuya evitación se pretendía, sino que, por el contrario, la aludida *atenuación o facilitación de la prueba del nexo causal* da lugar ora a una indemnización siguiendo la *regla de la responsabilidad proporcional* —lo cual evidencia, en criterio de la Sala, que es la oportunidad perdida el daño que realmente se repara, *en proporción* al monto de la indemnización que procedería si se dispusiere la reparación con referencia al beneficio perdido—, ora, sin ambages, a la indemnización de un rubro del daño respecto del cual la relación causal con el hecho dañino sí se encuentra acreditada —la pérdida del chance—; así se expone la primera alternativa en mención:

*“Acotado así, relativamente, el ámbito dentro del cual entra en juego la doctrina de la chance, la indemnización que se propugna desde estos postulados tiene como límite insuperable el valor de la ventaja dejada de obtener, tanto cuando ésta es de índole económica como cuando es de índole personal. **El resarcimiento por la pérdida de una chance ha de ser siempre inferior al que procedería por la pérdida de la ventaja, si el daño causado hubiera consistido efectivamente en esta pérdida.** Quien es privado de participar en una competición, en un sorteo o en un concurso, siempre de resultado incierto, sufre un perjuicio que, según la doctrina de la pérdida de oportunidad, ha de ser resarcido, pero la indemnización no puede ser igual al monto de la ventaja pretendida.*

Sentado el referido límite, para concretar la indemnización, la inmensa mayoría de los especialistas que se han ocupado del tema señala que hay que proyectar el nivel de probabilidad de que la víctima hubiera obtenido la ventaja apetecida sobre el valor del daño final. Se adopta como parámetro de referencia el valor económico de la utilidad pretendida y, a tal efecto, se fija el quantum mediante un coeficiente de reducción que depende del grado de la probabilidad con que se contaba para obtener la ventaja, si no se hubiera privado al sujeto considerado de la oportunidad de que gozaba. Así pues, indemnizar la oportunidad perdida no es más que restar de la estimación pecuniaria del daño final [del daño incierto (...), es decir, de la ventaja frustrada] el margen de incertidumbre respecto a su enlace causal con la conducta del agente dañoso. Por eso se dice que “la incertidumbre del resultado se refleja en el valor económico de la posibilidad perdida”¹⁸ (Subraya la Sala).

¹⁸ Cfr. MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad*, cit., pp. 106-107.

La explicación transcrita pone en evidencia que si bien es cierto que se insiste en señalar que el examen respecto de la existencia de pérdida de chance u oportunidad comporta un asunto de incertidumbre causal entre el daño y el hecho que lo origina, no es menos verídico que se efectúa igualmente acentuado énfasis en señalar que el daño a reparar por este concepto no es la ventaja esperada —o el detrimento no evitado— sino, exclusivamente, la oportunidad o probabilidad perdida, cuyo valor necesariamente ha de ser inferior al del “daño final”; la distinción entre las dos referidas modalidades del daño va a condicionar, entonces, las consecuencias que se anudan a la calificación de la pérdida de oportunidad como un mecanismo de facilitación probatoria en punto de causalidad, según lo refleja la siguiente reflexión realizada en relación con la pérdida de chance en el específico ámbito de la responsabilidad médica:

“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).”

El daño viene así constituido por la oportunidad de curación o supervivencia perdida 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”¹⁹ (énfasis añadido).

¹⁹ LUNA YERGA, Álvaro, “Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico sanitaria”, cit., pp. 5-6. Lo expuesto permite entender por qué razón el citado autor —p. 13— critica la jurisprudencia del Tribunal Supremo español cuando en ella la indemnización concedida, invocando la doctrina de la pérdida de oportunidad, comprende la totalidad de los perjuicios sufridos por la víctima, “cuando el daño se reducía estrictamente a la pérdida de posibilidades de curación. En estos casos el Tribunal Supremo flexibiliza la prueba del nexo causal y afirma que «no es necesario que el nexo causal concorra con matemática exactitud». Si bien estos casos han sido identificados en ocasiones como supuestos de aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, lo cierto es que el Tribunal Supremo no sólo no se pronuncia expresamente al respecto sino que, antes bien, considera acreditada -o acaso presumida- la relación de causalidad entre la negligencia médica y el perjuicio final. Sin embargo, como se defiende en este trabajo, lo correcto hubiera sido indemnizar exclusivamente por el valor de las oportunidades perdidas”.

A juicio de la Sala, el panorama expuesto permite concluir que la noción de pérdida de oportunidad no puede constituirse en un mecanismo que posibilite la declaración de responsabilidad del demandado en ausencia de acreditación del vínculo causal entre el hecho dañino y la ventaja inexorablemente frustrada o el detrimento indefectiblemente sufrido por la víctima, de suerte que se condene —con apoyo en la figura en cuestión— a reparar la totalidad del provecho que ya no podrá obtenerse por el perjudicado a pesar de no haber sido establecida la causalidad. No.

El concepto de pérdida de oportunidad implica que se demuestre la relación causal existente entre el acontecimiento o la conducta dañosa y la desaparición, exclusivamente, de la probabilidad de acceder a la ganancia o de evitar el deterioro como rubros que se integran efectivamente en el patrimonio del afectado, con independencia de los demás tipos de daño cuya ocurrencia pudiere tener lugar; la pérdida de oportunidad no representa, por tanto, una especie de *daño subsidiario* en defecto de prueba respecto de la relación causal entre el hecho o conducta censurados y el beneficio definitivamente perdido, sino una clase autónoma de daño respecto del cual no puede presentarse la tantas veces mencionada incertidumbre causal, toda vez que tal falta de certeza debería conducir, directa e indudablemente, a la exoneración de responsabilidad por el anotado concepto²⁰; de allí que resulte atinado aseverar que “*cuando hablamos de la pérdida de una oportunidad, no podemos incluir allí la simple imposibilidad de saber cuál es la causa de un daño*”²¹.

El correcto entendimiento y la adecuada utilización de la teoría de la pérdida de chance u oportunidad presupone, consiguientemente, la necesidad de distinguir entre dos tipos de daño y dos cursos causales nítidamente diferenciables: (i) el daño consistente en la imposibilidad definitiva de acceder a una ganancia o de evitar un perjuicio y la relación causal entre la pérdida de ese provecho buscado o la ocurrencia de ese deterioro patrimonial no querido y el hecho que se cuestiona si fue, o no, el desencadenante del respectivo daño; y (ii) el daño consistente en la pérdida de *la probabilidad* de obtener el aludido provecho o de eludir el referido

²⁰ GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe, *La pérdida de oportunidad en materia médica, un tema de daño, no de imputación*, cit., pp. 42-57.

²¹ TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil. Tomo II*, segunda edición, Legis, Bogotá, 2007, p. 360. De hecho, en el mismo lugar y con el fin de destacar la que entiende que es la “*diferencia entre incertidumbre causal y pérdida de oportunidad* —título número 354 de la obra aludida— el citado autor afirma que “*el mayor problema que tiene la institución de la pérdida de una oportunidad radica en la permanente confusión entre incertidumbre causal de un daño que ya ocurrió y la pérdida de la oportunidad*”.

detrimento y el ligamen causal existente entre la desaparición de tales posibilidades y el mismo hecho o conducta enjuiciados. Para que opere la noción de pérdida de oportunidad el primero de los dos daños aludidos —la pérdida de la ventaja esperada— sólo resulta de interés al momento de cuantificar la indemnización que haya de ordenarse y el primer vínculo causal mencionado carece de toda relevancia jurídica en el caso concreto; por el contrario, los segundos daño y ligamen causal en mención, sí deben hallarse acreditados en el proceso, pues de no ser así resultará inviable la imposición de una condena a reparar el tipo de daño del cual ahora se ocupa la Sala —la pérdida de *chance*—.

En otros términos, la noción de pérdida de oportunidad sí comporta un análisis en sede de causalidad, pero se trata de un examen circunscrito a la existencia de vínculo causal entre la conducta o el hecho dañino y la desaparición de las probabilidades de ganancia o de evitación del deterioro, sin que en manera alguna deba extenderse al estudio de la relación de causalidad entre tales acontecer o proceder enjuiciados y el beneficio que finalmente perseguía la víctima.

Sólo esta comprensión respecto de los alcances de la figura de la pérdida de oportunidad evita convertirla en fuente de decisiones erróneas, como lo sería el derivar del proceder antijurídico del demandado una presunción de causalidad respecto del daño finalmente producido, aún cuando la correspondiente relación causal no se encuentre debidamente demostrada o, también, disminuir los montos indemnizatorios con fundamento en el reconocimiento de irresponsabilidades parciales, en eventos en los cuales realmente debería ordenarse una indemnización íntegra. El entendimiento de la noción de pérdida de oportunidad que la Sala comparte y que ha dejado expuesta, corresponde por tanto, en sus principales lineamientos, con la siguiente descripción que de la tantas veces nombrada figura se realiza con referencia al ámbito de la responsabilidad médica:

*“Hay, además, posturas intermedias, que tienen en común los siguientes puntos: a) distinguen la llamada chance de sobrevivida y de curación, de las tradicionalmente admitidas en la jurisprudencia y en la doctrina; b) **recalcan la autonomía del daño producido por la pérdida de la chance, como daño diferente del resultado lesivo en sí (muerte, enfermedad, etc);** c) **identifican con claridad que la teoría de las chances, correctamente aplicada, se mueve en el campo del daño (su extensión), y no en el de la causalidad;** d) señalan que la chance de sobrevivida y de curación también **requieren prueba de la relación de causalidad adecuada entre la culpa y ese daño específico: la pérdida de la posibilidad u oportunidad,** y e) critican a la jurisprudencia francesa, pero sólo a aquellas decisiones en las que, bajo*

el nombre de reparación de chances de sobrevida, en realidad se han indemnizado supuestos de culpa médica, sin que estuviese acreditada con certeza la relación causal entre esa culpa y la pérdida de posibilidad o “chance”.

(...)

*Criterio éste que, en los últimos tiempos, ha sido defendido entre nosotros, por HERSALIS, MAGRI y TALCO (...) y también por PRÉVOT, cuando dice que, en los casos en que “se yuxtaponen un proceso patológico en evolución y una conducta profesional imperita, basta tan sólo con determinar qué gravitación causal tuvo cada condición en el devenir dañoso”, agregando que **tal teoría “supone indefectiblemente ampliar la noción de causalidad y distinguir o dar autonomía a dos causalidades distintas, una, la que enlaza la culpa médica con el resultado final —verbigratia: muerte, incapacidad, lesiones—, otra (¿virtual?), la que relaciona la impericia profesional con la pérdida de las probabilidades de vida o curación”.***

(...)

Lo cierto es que, en los hechos, la pérdida de la chance, referida ya, como corresponde, al daño indemnizable y a su extensión, “constituye un atenuante a la hora de la fijación del quantum indemnizatorio, actuando como un sustraendo del monto total a conceder a la víctima”

²² (énfasis añadido).

Todo lo dicho no quiere significar, en manera alguna, que la Sala desconozca que la exigencia probatoria respecto de la relación de causalidad, en no pocos eventos, difícilmente podrá comportar el acceso a niveles de certeza absoluta o de plena prueba, comoquiera que se admite sin titubeos que si bien en principio del ligamen causal existente entre un hecho y un resultado puede predicarse su carácter de inmutable en cuanto dicha relación pende de las leyes de la naturaleza, mal podría desconocerse que la fe del pensamiento de la ilustración en los avances científicos, en el paradigma mecanicista newtoniano y en el conocimiento empírico como herramientas aptas para proporcionar certezas incuestionables —al amparo de la idea de que el mundo natural está regido por leyes causales del tipo “*si X, entonces siempre Y*”—, dicha fe ha cedido el paso, particularmente a partir de los desarrollos alcanzados por la física cuántica, a la idea de que el conocimiento empírico no permite establecer con absoluta certeza si un hecho, como acontecimiento causal, es o no verdadero y que lo máximo que el saber científico posibilita es hallar el grado de probabilidad de la correspondiente cuestión fáctica con base en los elementos de juicio disponibles y en determinadas pautas de racionalidad.

²² TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., pp. 189-196.

En ese orden de ideas, el mundo físico no está regido por leyes causales sino probabilísticas del tipo “si X, entonces Y en un porcentaje Z”²³; a este respecto, en ocasión anterior la Sala expresó:

“Sin que se escape a la Sala, como con acierto lo pone de presente Goldenberg —quien refleja de muy ilustrativa manera la altamente compleja idea de la relatividad desarrollada, entre otros, por Albert Einstein—, que “la física moderna ha reformulado el concepto de causalidad a partir del cuestionamiento del postulado tradicional de “uniformidad de la naturaleza” de acuerdo al cual dado un antecedente el resultado opera inexorablemente de la misma manera. Actualmente no es aceptable ya un determinismo causal rígido, en virtud de la comprobación que la energía se libera en saltos discontinuos e irregulares cuyo origen y dirección no son aún conocidos.

*El riguroso mecanicismo es reemplazado por el concepto de **probabilidad** como medida del azar: junto al mundo de la causalidad está también lo fortuito, la física cuántica ha combinado las ideas de causación y azar; lo que anteriormente se consideraban leyes comprobadas ahora se reputan verdades aproximadas, simples posibilidades, lo que conduce a un concepto **flexibilizado** de causa” (énfasis en el texto original). GOLDENGERG, Isidoro, La relación de causalidad en la responsabilidad civil, cit., p. 7”²⁴.*

Sin embargo, la aceptación de una noción de *causalidad probabilística* —como corolario del reconocimiento de la innegable realidad que se ha descrito en punto de los límites del conocimiento científico— en virtud de la cual el juez puede válidamente dar por demostrada la relación de causalidad en un supuesto específico sin necesidad de exigir plena prueba o certeza absoluta de la misma, de suerte que puede bastar con la demostración de una *probabilidad preponderante* o *probabilidad determinante*²⁵ —baremo de exigencia probatoria

²³ MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad*, cit., pp. 80-81.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de febrero de 2009; Radicación No.: 050012326000-1995-01203-01; Expediente No. 17145.

²⁵ El aludido recurso a la causalidad probabilística ha sido explicado por la doctrina en los siguientes términos:

*“En términos generales, y en relación con el grado de probabilidad preponderante, puede admitirse que el juez no considere como probado un hecho más que cuando está convencido de su realidad. En efecto, un acontecimiento puede ser la causa cierta, probable o simplemente posible de un determinado resultado. El juez puede fundar su decisión sobre los hechos que, aún sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que se presentan con grado de probabilidad predominante. No basta con que el hecho pueda ser considerado sólo como una hipótesis posible. Entre los elementos alegados, el juez debe tener en cuenta los que le parecen más probables. Esto significa sobre todo que quien hace valer su derecho fundándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un daño, no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica. Basta con que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe una prueba directa, llegue a la convicción de que existe una probabilidad determinante” (subraya la Sala). Cfr. DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Algunas**

que, de hecho, ha sido admitido y aplicado por la jurisprudencia de esta Sección, por vía de ejemplo, frente a eventos de responsabilidad médica²⁶—, es una cuestión que no precisa, en modo alguno, del recurso a la figura de la pérdida de oportunidad, cuyos alcances, propósitos y ubicación conceptual entre los elementos del juicio de responsabilidad son claramente diversos, según se ha dejado expuesto: la causalidad probabilística perfectamente puede operar en el territorio del examen de la relación causal, sin necesidad de entreverarse o de confundirse indebidamente con el contenido de una modalidad singular del daño, como lo es la pérdida de chance o de oportunidad.

Por cuanto tiene que ver con la cuantificación de la indemnización a la cual debe dar lugar el reconocimiento de la pérdida de una oportunidad, no está de más reiterar que lo resarcible por este concepto es esa oportunidad misma y no el total de la ganancia o provecho perdido o del detrimento que se pretendía evitar; el objeto de la indemnización es una probabilidad y la adecuada compensación por la pérdida de la misma se corresponde con la apreciación en dinero del porcentaje de posibilidades de que la oportunidad respectiva se hubiere concretado.

En consecuencia, 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

previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil. Con especial atención a la reparación del daño, Civitas, Madrid, 1995, pp. 77-79.

²⁶ A este respecto pueden verse los siguientes pronunciamientos, a los cuales se hará nuevamente alusión, con mayor detenimiento, más adelante dentro del presente proveído: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de mayo de 1999; Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque; Radicación número: 11169; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006; Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Radicación número: 68001-23-31-000-2000-09610-01(15772).

menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino.

Ahora bien, para llevar a cabo las correspondientes operaciones y razonamientos en orden a establecer si una oportunidad perdida es resarcible, o no y en qué monto

“... el juez debe realizar un análisis retrospectivo, para remontarse a la situación en que se hallaba el damnificado al ocurrir el hecho dañoso. Una vez situado allí, tendrá que realizar un análisis prospectivo de cómo podría haber evolucionado la situación del perjudicado, de acuerdo con las circunstancias en que se encontraba; es decir, determinar cuál de sus posibilidades era la de más probable realización. Establecido ello, se deberá evaluar, aproximadamente, cuál era la proporción estimativa de esa posibilidad, en comparación con los otros escenarios futuros posibles de la víctima.

Sólo entonces surgirá la cuantificación definitiva del chance perdido. Cuando se determine si era probable que se concretara y, por lo tanto, fuese indemnizable; en su caso en qué medida o proporción lo era o si en definitiva no lo era verdaderamente, en cuyo caso no sería, entonces, resarcible”²⁷.

Para la cuantificación de la indemnización a reconocer por concepto de pérdida de oportunidad, entonces, será fundamental e ineludible el recurso a la estadística como herramienta que posibilita construir inferencias sobre la base del cálculo de las probabilidades que realmente tenía la víctima de conseguir el provecho esperado o de evitar la lesión a la postre padecida.

Así pues, podrá recurrirse a reglas o elementos como la *probabilidad matemática* —a partir de la denominada *Ley de Laplace*, en virtud de la cual la probabilidad de un suceso puede calcularse dividiendo el número de casos favorables entre el total de los posibles—, la *probabilidad estadística, frecuencial o a posteriori* —la cual postula que la probabilidad de ocurrencia de un específico acontecimiento equivale a la proporción de ocasiones en las cuales el mismo sucedería según lo refleje la observación de lo acontecido en un número grande de eventos de características y condiciones similares—, la *probabilidad bayesiana* —alternativa a la matemática y a la estadística tradicional en la medida en que permite interiorizar, en el cálculo de probabilidades, informaciones propias del caso

²⁷ TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *La pérdida de chance*, cit., pp. 276-277.

concreto, de suerte que permite un resultado singularizado frente a una hipótesis aislada—, la *probabilidad lógica* —que permite conjuntar el examen de resultados estadísticos o matemáticos con el análisis de otras pruebas a partir de leyes, reglas, criterios o máximas de experiencia—, entre otras²⁸.

Ya la jurisprudencia de esta Corporación ha hecho alusión a la exigencia de que para la reparación de la pérdida de una oportunidad se demuestre, de manera clara, cuál era la probabilidad que tenía el perjudicado de alcanzar el beneficio que anhelaba o de evitar el detrimento que le fue irrogado, de modo que *“la determinación de la pérdida de la oportunidad no puede ser una mera especulación, es necesario que de manera científica quede establecido cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar su vida, y que esa expectativa real haya sido frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica”*²⁹.

En relación con la jurisprudencia del Consejo de Estado relacionada con la noción de pérdida de oportunidad, debe señalarse que la mayor parte de los desarrollos relacionados con este tópico han tenido lugar, siguiendo la línea que se evidencia en otras latitudes —a lo cual se hizo alusión precedentemente— en el derecho de daños y, más puntualmente, en el ámbito de la responsabilidad médica; es, entonces, en este terreno, aquél en el cual principalmente puede referirse la existencia de pronunciamientos en los cuales la Sala ha reconocido algunos de los

²⁸ Un ejemplo que ilustra la dinámica de la probabilidad matemática con base en la denominada Ley de Laplace, es el consistente en que la probabilidad de que al lanzar un dado salga el número cinco (5), se halla dividiendo 1 (toda vez que sólo existe un caso favorable) entre 6 (vale decir, el número de eventos posibles), operación que arroja la cifra de 0,166 o del 16,6%; se trata, sin duda, de un criterio de medición con un elevado grado de precisión pero que empleado por las ciencias sociales debe hacer frente al inconveniente de que en la realidad los sucesos rara vez son equiprobables, dada la multiplicidad de matices que rodean el desarrollo de los acontecimientos; la probabilidad frecuencial, a su turno, presenta la debilidad consistente en que al efectuar en abstracto la determinación del grado de probabilidad de acierto, no tiene en cuenta las circunstancias específicas del caso considerado, cosa que sí permite la probabilidad bayesiana, pero con un innegable riesgo de subjetividad; para la probabilidad lógica, finalmente, el cálculo probabilístico es *“el análisis inductivo aproximado o estimativo de la vinculación lógica entre el hecho y las pruebas para determinar la medida en que aquél resulta confirmado por éstas”*, por manera que *“tanto más probable resulta una hipótesis cuanto mayor sea su unión lógica con los datos disponibles”*. A este respecto véase MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de oportunidad*, cit., pp. 289-313.

Lo cierto es que con el propósito de reconstruir la oportunidad con la cual contaba la víctima antes del acaecimiento del hecho dañino, el juez no sólo puede sino que se encuentra en el deber de buscar indicios tanto en los elementos específicos que le ofrece el caso concreto a resolver, como las circunstancias propias del contexto en el cual el evento tuvo ocurrencia —las normas jurídicas aplicables, la realidad social del país o del entorno más limitado del cual se trate, etcétera—. Sobre este asunto véase HENAO, Juan Carlos, *El daño*, cit., pp. 161-162.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2006; Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Radicación: 15.772.

elementos de la figura de la pérdida de chance, como la combinación de elementos de certeza y de incertidumbre que comporta³⁰, su aparente proximidad —que no identificación— con la antes mencionada *causalidad probabilística*³¹, así

³⁰ Así, en pronunciamiento en el cual condenó a la entidad demandada —Hospital Militar Central— por entender que incurrió en una falla en la prestación del servicio a su cargo al incurrir en una omisión en el deber de información al paciente que le impidió a éste optar por someterse o rehusar la intervención médica, con lo cual se le privó de “*la oportunidad de no resultar afectado por una intervención que podía aceptar o no*”, la Sala expresó lo siguiente en relación con el contenido de la noción de “pérdida de oportunidad” que invocó como sustento de la condena:

“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. Invocada la posibilidad de un perjuicio cuya realización no puede constatarse, la incertidumbre subsistirá por siempre pero la oportunidad existía, se perdió y en forma definitiva. Hipótesis en el terreno judicial suelen concebirse como la del abogado que no apeló y por ello se perdió la oportunidad de éxito en el recurso. Si la oportunidad aparece como nula o prácticamente nula el perjuicio se limita a los gastos resultantes para el cliente por el error cometido por el responsable.

(...)

La pérdida de la oportunidad de curarse o de sobrevivir se toma en consideración cuando es virtual y atribuible al accidente, en tanto que si ella es apenas eventual no será tenida como reparable: “Si la víctima o sus causahabientes pueden establecer que sus oportunidades de curación hubiesen sido más grandes si el médico le hubiera dispensado cuidados más atentos, ella podría obtener por ese concepto indemnización de daños y perjuicios” —La Responsabilité Civile, Philippe Le Tourneau, Dalloz, 1972, p. 112 —.

(...)

Se recuerda que la falla no consistió en la atención médica propiamente dicha, la cual fue diligente y oportuna (ver su copiosa historia clínica contenida en el c. 3), sino en la pérdida de oportunidad del paciente, ampliamente comentada. Esto nos conduce necesariamente a reflexionar sobre el monto de la condena.

(...)

Entonces, tomando como referencia el ya deteriorado estado de salud presentado por LUIS ALFREDO SÁNCHEZ antes del 13 de mayo de 1993, y el dictamen médico laboral rendido con posterioridad, la Sala, en aplicación del principio de arbitrio judicial, considera justo y proporcional al 50% del perjuicio causado, reconocer a los demandantes las siguientes sumas: ...” (énfasis añadido). Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 24 de enero de 2002; Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros; Radicación número: 25000-23-26-000-1994-9875-01(12706).

³¹ Así lo estableció la Sala en un caso en el cual consideró probada la falla del servicio en la cual incurrió el Instituto Nacional de Cancerología al omitir la práctica de exámenes de laboratorio previos a la realización de una biopsia, exámenes cuyo recaudo se encontraba dentro de las capacidades y posibilidades del Instituto demandado; dichos exámenes habrían brindado a los médicos una mejor información acerca del tipo de lesión que presentaba la paciente y, por consiguiente, habrían aconsejado a los galenos la realización de procedimientos diferentes de la biopsia que practicaron, la cual no estaba indicada en el caso concreto y generó el daño cuya reparación se dispuso; sin embargo, el Instituto accionado sostuvo en su defensa que el vínculo de causalidad entre la intervención realizada por los médicos y el daño sufrido por la paciente no estaba probado, pues las causas que lo originaron pudieron ser varias, argumentación frente a la cual la Sala expuso que dicho ligamen causal puede entenderse acreditado a partir de la demostración de una probabilidad preponderante o determinante, para luego señalar que la falla de la entidad accionada privó de una oportunidad de curación a la víctima directa del daño:

“En conclusión, no existe certeza en el sentido de que la paraplejía sufrida por Marianella Sierra Jiménez haya tenido por causa la práctica de la biopsia. No obstante, debe tenerse en cuenta que aunque la menor presentaba problemas sensitivos en sus extremidades inferiores antes de ingresar al Instituto Nacional de Cancerología, se movilizaba por sí misma y que después de dicha intervención no volvió a caminar. Esto significa que existe una alta probabilidad de que la causa de la invalidez de la menor sea la falla de la entidad demandada. Probabilidad que además fue reconocida por los médicos de la entidad demandada.

(...)

como la distinción —también referida previamente en este proveído— entre la relación causal del hecho considerado dañino con la ventaja finalmente perdida o con el detrimento a la postre padecido por la víctima, de un lado y con la desaparición de la *probabilidad* de alcanzar dicho provecho o de evitar el deterioro patrimonial, de otro, como modalidades de daño claramente diferenciables:

En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño en los casos en que esté comprometida la responsabilidad profesional, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación causal, se afirma que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esta materia “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia”, es decir, que la relación de causalidad queda probada “cuando los elementos de juicio suministrados conducen a ‘un grado suficiente de probabilidad’”. Al respecto ha dicho la doctrina:

“En términos generales, y en relación con el ‘grado de probabilidad preponderante’, puede admitirse que el juez no considere como probado un hecho más que cuando está convencido de su realidad. En efecto, un acontecimiento puede ser la causa cierta, probable o simplemente posible de un determinado resultado. El juez puede fundar su decisión sobre los hechos que, aun sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que presentan un grado de probabilidad predominante. No basta que un hecho pueda ser considerado sólo como una hipótesis posible. Entre los elementos de hecho alegados, el juez debe tener en cuenta los que le parecen más probables. Esto significa sobre todo que quien hace valer su derecho fundándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un daño, no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica. Basta con que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe una prueba directa llegue a la convicción de que existe una ‘probabilidad’ determinante”.

(...)

Ahora bien, es cierto que no existe certeza en cuanto a que de no haberse producido la práctica de la biopsia la menor no hubiera quedado inválida, pero sí es cierto que la intervención le restó la oportunidad de aliviar o al menos mejorar su situación física sin padecer el estado de invalidez que sufre y por esta razón la entidad demandada deberá indemnizar al actor los daños sufridos con ocasión de la paraplejia de su hija, derivada de la falla médica” (subrayas fuera del texto original). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de mayo de 1999; Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque; Radicación número: 11169.

La argumentación realizada por la Sala en este pronunciamiento evidencia que se ha admitido la demostración del vínculo causal con apoyo en la existencia de una probabilidad determinante o de un “grado suficiente de probabilidad”, en los eventos en los cuales resulta imposible la obtención de certeza absoluta o de plena prueba respecto del tal aspecto del juicio de responsabilidad, de un lado y, de otro, que para la aceptación de dicha tesis no fue necesario efectuar alusión o buscar apoyo alguno en la noción de pérdida de oportunidad, circunstancia que reitera lo expuesto precedentemente en el presente fallo en el sentido de que la prueba de la causalidad —valiéndose de elementos probabilísticos, o no— constituye un extremo diverso del de la existencia de una modalidad autónoma de daño, cual es la pérdida de oportunidad.

Llama la atención, de todos modos, que en el pronunciamiento que se acaba de traer a colación se haya señalado que el daño que se consideró causalmente vinculado con la falla en el servicio —como lo refleja la transcripción realizada en esta nota a pie de página— haya sido la pérdida de oportunidad de mejorar la situación física de la paciente y no la paraplejia —daño “final” o “definitivo” sufrido— que a ésta le sobrevino, pues los argumentos sustentados en la *causalidad probabilística* parecían apuntar a justificar la demostración del vínculo causal respecto de la lesión definitivamente sufrida por la víctima directa y no respecto de la sola pérdida de chance; lo anterior se ve reiterado con el hecho de que el Instituto Nacional de Cancerología es condenado a indemnizar los perjuicios derivados de la paraplejia y no de la pérdida de oportunidad, extremo que lleva a pensar que realmente el recurso a esta última noción, en el aludido pronunciamiento, podría haber sido innecesario.

“Ahora bien, la Sala se pregunta: ¿ese cúmulo de deficiencias, fue la causa exclusiva del deceso del paciente ? o fue causa de la pérdida o chance para la recuperación del paciente?.

- En cuanto al primer punto: “la muerte” del paciente tiene su causa en la negligencia administrativa?.

Al respecto no existe prueba que conduzca a la Sala a afirmar lo uno o lo otro y, en esa medida, no puede sostenerse por ejemplo, que la falta de valoración oportuna por un especialista de neurología haya sido la causa que concurrió con la patología del enfermo al desenlace fatal. Tampoco puede concluirse que la no práctica oportuna del scanner tenga la suficiente eficacia causal para comprometer la responsabilidad demandada. Pero lo que si resulta absolutamente claro, es que las omisiones en que incurrió el grupo médico o la organización institucional en la prestación del servicio de salud, excluyen la idea de diligencia y cuidado, de regularidad y eficaz prestación del servicio público.

(...)

En cuanto al otro punto: ¿la negligencia administrativa fue causa de la pérdida de “chance” u oportunidad para la recuperación del paciente?.

Para la Sala no es claro que aún si la Administración hubiera actuado con diligencia el señor Franklin habría recuperado su salud; pero sí le es claro, con criterio de justicia, que si el demandado hubiese obrado con diligencia y cuidado no le habría hecho perder al paciente el chance u oportunidad de recuperarse”.

La jurisprudencia ya trató antes ese punto. En sentencia dictada el día 26 de abril de 1999 se dijo:

‘Si bien es cierto que no existe certeza en cuanto a que de haberse realizado un tratamiento oportuno el paciente no hubiera muerto pues nunca se tuvo un diagnóstico definitivo de la enfermedad que padecía, sí lo es en cuanto a que el retardo de la entidad le restó oportunidades de sobrevivir. Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado como una ‘pérdida de una oportunidad’. Al respecto dice Ricardo de Angel Yaguez:

‘Es particularmente interesante el caso sobre el que tanto ha trabajado la doctrina francesa, esto es, el denominado la perte d’une chance, que se podría traducir como ‘pérdida de una oportunidad’.

‘CHABAS ha hecho una reciente recapitulación del estado de la cuestión en este punto, poniendo, junto a ejemplos extraídos de la responsabilidad médica (donde esta figura encuentra su más frecuente manifestación), otros como los siguientes: un abogado, por negligencia no comparece en un recurso y pierde para su cliente las oportunidades que éste tenía de ganar el juicio; un automovilista, al causar lesiones por su culpa a una joven, le hace perder la

ocasión que ésta tenía de participar en unas pruebas para la selección de azafatas.

‘Este autor señala que en estos casos los rasgos comunes del problema son los siguientes: 1. Una culpa del agente. 2. Una ocasión perdida (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 aleatoria³². 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. Por tanto, la culpa del agente no es una condición sine qua non de la frustración del resultado esperado.

‘En el terreno de la Medicina el autor cita el caso de una sentencia francesa. Una mujer sufría hemorragia de matriz. El médico consultado no diagnostica un cáncer, a pesar de datos clínicos bastante claros. Cuando la paciente, por fin, consulta a un especialista, es demasiado tarde; el cáncer de útero ha llegado a su estado final y la enferma muere. No se puede decir que el primer médico haya matado a la enferma. Podría, incluso tratada a tiempo, haber muerto igualmente. Si se considera que el perjuicio es la muerte, no se puede decir que la culpa del médico haya sido una condición sine qua non de la muerte. Pero si se observa que la paciente ha perdido ocasiones de sobrevivir, la culpa médica ha hecho perder esas ocasiones. El mismo razonamiento se puede aplicar a un individuo herido, al que una buena terapia habría impedido quedar inválido. El médico no aplica o aplica mal aquella terapéutica, por lo que la invalidez no puede evitarse. El médico no ha hecho que el paciente se invalide, sólo le ha hecho perder ocasiones de no serlo’. (RICARDO DE ANGEL YAGUEZ. 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).

³² Nota no incluida en la sentencia citada: En criterio de la Sala, este tercer elemento al cual hace alusión la referencia doctrinal efectuada en el fallo citado —“Una ausencia de prueba de la relación de causalidad entre la pérdida de la ocasión y la culpa”— no se corresponde con la naturaleza y alcances de la noción de pérdida de oportunidad que la Sala prohíja ni con los parámetros que para el análisis de la responsabilidad del Estado consagra el artículo 90 de la Constitución Política, pues dicho tercer elemento autorizaría que se condene al demandado a indemnizar los perjuicios derivados de una pérdida de oportunidad, aún cuando en el proceso no se haya demostrado que este daño resulta atribuible a la acción o a la omisión del accionado; en otros términos, se avalaría la imposición de condenas sin que se haya demostrado la causalidad, conclusión a todas luces contraria al tipo de examen que debe acometerse en el derecho de daños a fin de dilucidar si procede, o no, declarar la responsabilidad de quien se señala como agente causante del perjuicio. El razonamiento efectuado por la Sala inmediatamente a continuación, en el propio pronunciamiento citado, pone de presente que la relación causal entre la falla en el servicio y la pérdida de la oportunidad de mejoría o de curación, sí debe estar demostrada y que es una relación causal diferente a la que debía demostrarse —y de hecho, en ese proceso, no fue posible acreditar— entre dicha falla y la muerte del paciente.

En conclusión la falla del servicio de la entidad demandada que consistió en la falta de diligencia para realizar un diagnóstico oportuno de la enfermedad sufrida por el paciente e iniciar de manera temprana el tratamiento adecuado, implicó para éste la pérdida de la oportunidad de curación y de sobrevivir ⁽³³⁾.

La pérdida por parte de Franklin, de esa oportunidad para recuperarse sí tiene nexo directo con la falencia administrativa.

El elemento de responsabilidad, nexo de causalidad, se estableció indiciariamente: ...”³⁴ (negritas en el texto original; subrayas fuera de él).

³³ Nota original de la sentencia citada: Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10.755. Actor Elizabeth Bandera Pinzón. Demandado: I.S.S.

³⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 15 de junio de 2000; Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez, Radicación número: 12548. Los indicios que en el fallo citado fueron tenidos en cuenta para entender acreditada la relación causal entre la falla en el servicio y la pérdida de oportunidad, fueron los siguientes:

“- Al recibo del paciente por parte del Hospital San Jorge no se dejaron anotaciones en la hoja clínica relativas a que hubiese llegado en estado terminal o de pre muerte; de ser así se habría dejado constancia de ello en la historia clínica, se habría prevenido de tal circunstancia al paciente y a sus familiares, y no se habrían hecho indicaciones médicas de evaluación por el neurólogo y la orden de practicar una escanografía.

- El hematoma subdural que se encontró en la necropsia, según dicho del médico testigo, fue relativamente “extenso en altura, en longitud, pero no en espesor, que es este último el que más deterioro produce. Las otras dos causas como son el edema y la hemorragia subaracnoidea en ciertos momentos puede producir complicaciones muy severas e irreversibles pero de todas formas siendo un hematoma subdural agudo no se podía garantizar que con la cirugía el paciente se salvara, porque la mayoría de los hematomas subdurales agudos se mueren con o sin cirugía”.

- Se constituye en indicio grave en contra del demandado el hecho relativo a que el transcurso del tiempo en el paciente, con trauma craneoencefálico, sin recibir atención, la “evolución de la comprensión que a mayor sea el tiempo mayor complicaciones va a ocasionar” y eleva el riesgo; así lo indicó el declarante médico”.

Llama la atención, de todos modos, que en el referido fallo, a pesar de dejarse claro que se condena a reparar la pérdida de oportunidad y no la muerte del paciente, posteriormente, al abordar el tema de los perjuicios, se intitula el acápite correspondiente del siguiente modo:

“G. Perjuicios morales por la muerte de Frankil Carmona Montoya” (énfasis añadido).

Ello resulta más llamativo aún si se tiene en cuenta que la indemnización se fija en la sentencia de manera proporcional respecto de la que hubiere procedido en el evento de haberse dispuesto la reparación por el deceso de la víctima directa:

“En lo que atañe con la fijación de la indemnización la Sala estima que la indicada por el Tribunal no es proporcional a la realidad de los hechos, pues se sabe que el paciente ingresó con un trauma craneo encefálico, ocasionado en un accidente de moto, tráuma respecto del cual se desconoce, a ciencia cierta, si su tratamiento sería exitoso. Sin embargo como las irregularidades administrativas, que fueron varias y graves, condujeron a la pérdida de una oportunidad de chance para la recuperación del paciente.

Por lo tanto se modificará la condena impuesta al demandado; se reducirá al 60% de lo fijado por el a quo”.

También resulta llamativo que en la sentencia no se explicita si la reducción en el porcentaje referido encuentra apoyatura en datos estadísticos consignados en alguna prueba pericial o en la literatura especializada o si se trata de una determinación fundada en la equidad.

En otra ocasión la Sala formuló consideraciones que mediante el presente pronunciamiento se reiteran en punto de la naturaleza jurídica de la noción de pérdida de oportunidad, de su ubicación en la estructura del juicio de responsabilidad por fuera del examen de la causalidad —de modo que la figura en cuestión mal podría considerarse como un sucedáneo de la acreditación del vínculo causal, mismo que, no obstante, se recalcó que puede probarse valiéndose de la demostración de una probabilidad determinante o suficiente, con apoyo en prueba indiciaria³⁵—, de la necesidad de cuantificar científica y

Algo similar ocurre en el pronunciamiento que se cita a continuación, en el cual la conceptualización respecto de la pérdida de oportunidad se reitera, en idénticos términos a los transcritos y se reduce la condena ordenada por el *a quo* en un 50%, sin que se explicita si ello obedece a la proporción que se deriva de las probabilidades de supervivencia de conformidad con la literatura médica, con alguna experticia técnica o si se trata de una valoración en equidad; en dicha sentencia, además, la Sala expresó lo siguiente:

“La Sala desconoce el grado de dolencia cardíaca de la paciente y por lo mismo ignora, por la falta de conocimiento científico médico, si en el evento de que se le hubiese hospitalizado aquella hubiese sobrevivido; pero lo que sí conoce es que está probado que la omisión administrativa, en hospitalizar la paciente, le frustró la oportunidad de intentar recuperarse.

(...)

*La Sala encuentra procedente la pretensión de indemnización del perjuicio moral, como lo concluyó el *a quo*. Sin embargo encuentra que la fijación de indemnización para los favorecidos con ella, en la suma para cada uno de ellos en ochocientos gramos oro, al valor en pesos colombianos para el día siguiente a la ejecutoria de la sentencia, resulta excesiva.*

*Y lo considera de esa manera teniendo en cuenta los siguientes hechos antecedentes; que: *) se confesó en la demanda que la paciente fue llevada a atención médica por una “afección cardíaca”; *) el diagnóstico sobre la misma paciente fue “mal estado general” y otras indicaciones y *) la muerte, según el registro de defunción fue por “fibrilación ventricular”. Estos antecedentes son indicativos que la omisión administrativa, como ya se dijo, no puede imputarse como **causa de muerte** sino como **causa de pérdida de oportunidad para recuperarse**. Por lo tanto la condena impuesta en primera instancia se reducirá a la mitad, es decir la indemnización para cada uno de los favorecidos será por el valor en pesos colombianos al momento de ejecutoria de la sentencia en cuatrocientos gramos”* (subrayas fuera del texto original). Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 14 de junio de 2001; Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación número: 13006.

³⁵ En relación con este extremo la Sala sostuvo lo siguiente:

“En cuanto a la prueba del vínculo causal, ha considerado la Sala que cuando resulte imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación, “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia” — Cfr. RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño), Ed. Civitas S.A., Madrid, 1995, p. 42.—, es decir, que la relación de causalidad queda probada “cuando los elementos de juicio suministrados conducen a ‘un grado suficiente de probabilidad’, que permita tenerlo por establecido.

De manera más reciente se precisó que la exigencia de “un grado suficiente de probabilidad”, no implicaba la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que hiciera posible imputar a la entidad que prestara el servicio, sino que esta era una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal podía ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios — Ver, por ejemplo, sentencias de 14 de julio de 2005, exps: 15.276 y 15.332.—. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006; Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Radicación número: 68001-23-31-000-2000-09610-01(15772).

estadísticamente la probabilidad de acceder a una ventaja o de evitar un perjuicio que desapareció como consecuencia de la acción o de la omisión del demandado y, especialmente, la insoslayable exigencia de que entre el hecho dañino y la pérdida de chance como daño a reparar se acredite —como no podría ser de otro modo— la existencia del correspondiente ligamen causal, por manera que si dicha relación entre la falla del servicio y la pérdida de oportunidad cuya reparación se procura no queda debidamente probada, deben denegarse las pretensiones de la demanda³⁶:

“También ha señalado la Sala que para que haya lugar a la reparación no es necesario acreditar que una adecuada prestación del servicio médico asistencial hubiera impedido el daño, porque bastaría con establecer que la falla del servicio le restó al paciente oportunidades de sobrevivir o de curarse.

Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado como la “pérdida de una oportunidad”, cuya aplicación, a pesar de la simplicidad en su formulación ofrece grandes dificultades, pues el daño en tales eventos estaría en los límites entre el daño cierto y el eventual, dado que la oportunidad que puede tener un enfermo de recuperar su salud es aleatoria, regularmente difícil de establecer en términos porcentuales.

Se destaca que la determinación de la pérdida de la oportunidad no puede ser una mera especulación, es necesario que de manera científica quede establecido cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar su vida, y que esa expectativa real haya sido frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica. En este aspecto hay que prestar la máxima atención y no resolver como pérdida de oportunidad eventos en los cuales lo que se presentan son dificultades al establecer el nexo causal.

(...)

Ahora bien, se afirma que el hecho de que no se hubiera realizado un diagnóstico más temprano de la enfermedad, o de que la cirugía no se le hubiera practicado, al menos, en la fecha en que lo recomendó el cardiólogo, hicieron perder al paciente la oportunidad de obtener el restablecimiento pleno de su salud. Sin embargo, esas afirmaciones se

³⁶ Como de hecho fueron denegadas en el caso concreto resuelto mediante el pronunciamiento en cita, en el cual el análisis se centró en establecer si existía, o no, vínculo causal entre la producción del paro cardiorrespiratorio que sufrió un menor de edad en fase de pos operatorio y la prestación del servicio médico que la parte demandante calificaba como negligente y errada en todas sus etapas; por el contrario, el Hospital demandado adujo en su defensa que el referido paro fue una consecuencia natural e inevitable de la grave enfermedad que aquejaba al paciente. La Sala consideró que si bien las pruebas testimonial y documental recaudadas en el proceso hacían evidente la ocurrencia de irregularidades en la prestación del servicio médico, no existía elemento acreditativo alguno que permitiera construir un indicio en torno de la existencia de nexo causal entre el paro cardiorrespiratorio que sufrió el menor en el pos operatorio y la irregular atención que se le brindó desde su llegada al Hospital y en el acto quirúrgico propiamente dicho. Al contrario, la Sala estimó que obraban pruebas en el expediente que confirmaban que el daño constituyó una secuela natural de la propia enfermedad, la cual no pudo ser evitada por los médicos que lo asistieron y, en consecuencia —como se ha dicho— fueron denegadas las pretensiones de la demanda, para lo cual se argumentó que la noción de pérdida de oportunidad no puede ser empleada como sucedáneo de la prueba del vínculo causal entre la falla y el daño a reparar.

*quedan en el marco de la mera especulación pues no existe ninguna prueba directa ni indiciaria que acredite que el paciente tenía posibilidades reales de recuperar su salud, sin que la enfermedad le dejara secuelas, siempre que la cirugía se le hubiera practicado en los primeros días de su ingreso al Hospital demandado, **y menos, que en el evento de existir tales posibilidades se pudiera establecer cuáles eran éstas en términos porcentuales**" (énfasis añadido)³⁷.*

3.- La pérdida de oportunidad en el caso *sub examine*.

Las circunstancias que rodean el presente caso tienen la virtualidad de ilustrar la dinámica de aplicación de la noción de pérdida de oportunidad como una modalidad de daño autónomo, cuya relación de causalidad con el hecho dañoso debe encontrarse plenamente acreditada y que no constituye un sucedáneo de prueba respecto del aludido nexo causal en supuestos en los cuales se dificulta la demostración, en el proceso judicial, del referido ligamen.

Pues bien, aunque en este asunto, como se dejó indicado anteriormente, no puede concluirse con certeza que la no práctica oportuna de los exámenes técnicos o especializados en el paciente antes de su deceso habría contado con la eficacia causal necesaria para comprometer la responsabilidad de la entidad demandada, lo que sí resulta absolutamente claro es que las omisiones en que incurrió el cuerpo médico o asistencial al momento de prestar el servicio de salud, excluyen la diligencia y cuidado con que se debió actuar para una eficaz prestación del servicio público.

Y aunque tampoco existe certeza de que aún si la Administración hubiere actuado con la mencionada diligencia, la víctima habría recuperado su salud, lo cierto es que si el centro hospitalario hubiese obrado de esa manera, esto es con la pericia y el cuidado necesarios, no le habría hecho perder al paciente el chance u oportunidad de recuperarse.

Así las cosas, dado que el retardo de la entidad le restó oportunidades al paciente de sobrevivir, pues resulta importante destacar que la víctima duró interna en el hospital por más de 5 horas sin practicársele evaluación alguna para contar con mayor información para un diagnóstico más exacto, la Sala declarará la responsabilidad de la parte demandada por la pérdida de la oportunidad de

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006; Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Radicación número: 68001-23-31-000-2000-09610-01(15772).

curación y de sobrevivir del paciente, la cual sí tiene nexo directo con la actuación administrativa.

4.- Falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento de Antioquia.

No obstante que la demanda también se dirigió contra el referido Departamento, lo cierto es que en este caso resulta completamente claro que la imputación jurídica y fáctica se concentra en la atención médica deficiente e inadecuada a cargo del Hospital San Lorenzo de Liborina (Antioquia), el cual es una Empresa Social del Estado del orden municipal que goza de personería jurídica –reconocida a través de Resolución 190 de 1964 proferida por la Gobernación de Antioquia–, cuenta con patrimonio propio y autonomía administrativa y se encuentra sometida al régimen jurídico previsto en la Ley 100 de 1993, tal como lo acreditan las certificaciones emitidas por la Oficina Jurídica de la Dirección Seccional de Salud del Departamento de Antioquia (fls. 18, 56 y 79 c 1).

Al no existir entonces imputación alguna en contra de dicho Departamento, se declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del mismo, la cual fue denegada por el Tribunal *a quo* en cuanto consideró que al ser el Departamento de Antioquia el ente que dotaba a los hospitales de médicos rurales y les impartía su instrucción básica, sí tenía legitimación en este asunto, consideración ésta que resulta desacertada en la medida en que ese aspecto no constituyó la causa petendi de la acción.

5.- Indemnización de perjuicios.

Toda vez que no obran en el expediente más elementos probatorios que puedan ser valorados con miras a establecer, con fundamento en criterios técnicos, estadísticos y apoyándose en información objetiva y contrastada, la cuantía del daño que por concepto de pérdida de oportunidad le fue irrogado a la parte demandante, la Sala acudirá al criterio de la equidad como principio que el ordenamiento jurídico –artículo 16 de la Ley 446 de 1998³⁸– impone tener en cuenta para efectos de reparar de forma integral el daño causado por la acción o

³⁸ Precepto cuyo tenor literal es el siguiente: “*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*”.

la omisión de las autoridades públicas, a cuyo auxilio debe acudir, además, por virtud del denominado principio *pro damnato*, propio del derecho de daños y que sin duda ha de hacer sentir su vigor en escenarios como el del presente caso, en el cual se encuentran acreditados todos los elementos necesarios para imponer al Estado la obligación de reparar el daño antijurídico que causó, pero resulta altamente improbable —por no decir que materialmente imposible— recaudar elementos demostrativos que permitan cuantificar de forma técnica, con apoyo en elementos matemáticos y/o estadísticos, el monto del perjuicio a indemnizar.

5.1.- Perjuicios derivados de la pérdida de la oportunidad de la víctima directa.

Dado que el perjuicio autónomo que aquí se indemniza no deviene exactamente de la muerte del señor Carlos Humberto Valencia Monsalve sino de la pérdida de oportunidad de dicha persona para recuperar su salud y tratar de sobrevivir, la Sala no se pronunciará respecto de los perjuicios materiales solicitados en la demanda, comoquiera que ellos derivan de la muerte de la víctima directa, motivo por el cual se reconocerá, con fundamento en el principio de equidad antes mencionado, una suma genérica para cada demandante, habida cuenta que cada uno de ellos demostró su interés para demandar dentro de este proceso y su consiguiente legitimación en la causa por activa dentro del mismo.

En este punto importa resaltar que si bien, de conformidad con lo antes expuesto a lo largo de la presente providencia, el daño que se ha de indemnizar no será propiamente el que corresponde a la muerte del señor Carlos Humberto Valencia Monsalve, sino el de la pérdida de oportunidad de recuperar su salud y poder sobrevivir por un tiempo adicional, no por ello se desconocerá el principio de congruencia en cuya virtud el juez en sus decisiones debe ceñirse estrictamente al *petitum* de la demanda o a las razones de defensa y las excepciones que invoque o alegue el demandado, porque en el presente caso una interpretación lógica y racional de la demanda permite advertir con claridad que la *causa petendi* no se circunscribió exclusivamente a identificar el hecho dañoso con la muerte del señor Valencia Monsalve sino que también se expuso, como configurativo del mismo, la omisión o la abstención del personal médico y de enfermería que se encontraban en la obligación legal de otorgarle al paciente la asistencia médica, farmacéutica,

quirúrgica y hospitalaria correspondiente³⁹, inacción que, precisamente equivale a la negación de la oportunidad que se ha venido destacando, de lo cual se infiere sin dificultad alguna que sobre esa base fáctica se encuentran edificadas las pretensiones de la demanda, que la Sala aquí acogerá en punto de la aludida pérdida de oportunidad, en cuanto a través de ellas se ha solicitado que se declare “... que el DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA –Servicio Seccional de Salud– y el HOSPITAL SAN LORENZO del Municipio de Liborina - Antioquia, son solidaria y administrativamente responsables de todos los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes ...” (Se subraya y se resalta), daños que, naturalmente, deben tener origen directo en los hechos de la demanda, entre los cuales se encuentra, según se ha explicado y bueno es reiterarlo, el daño consistente en la tantas veces referida pérdida de oportunidad.

El grupo familiar demandante está integrado por los padres, hermanos y la compañera permanente de Carlos Humberto Valencia Monsalve y para acreditar el parentesco con la víctima directa se allegaron al proceso el certificado del registro civil de nacimiento de la víctima (fl. 8 c 1); los certificados de los registros civiles de nacimiento de Guillermo León Valencia Monsalve, (fl. 9 c 1), de Hilda Helena Valencia Monsalve (fl. 10 c 1), de Pedro Emilio Valencia Monsalve (fl. 11 c 1) y de Leonel de Jesús Valencia Monsalve (fl. 12 c 1), pruebas éstas que resultan idóneas para acreditar el parentesco en primer grado de consanguinidad para con la víctima directa.

³⁹ En relación con este punto, en la demanda se señaló:

“Al llegar al citado centro hospitalario con la víctima, ni el médico ni las enfermeras quisieron prestarle algún auxilio (...).

“.....

Entre la una y cuarto y la una y media de la mañana del 16 de marzo se retiraron los acompañantes de CARLOS HUMBERTO VALENCIA MONSALVE del Hospital, y hasta ese momento no se le había prestado al lesionado ningún tipo de atención.

Allí lo dejaron sus amigos, completamente solo, desprotegido y sin que alguien le prodigase a CARLOS HUMBERTO VALENCIA MONSALVE alguna atención.

“.....

Tanto el personal administrativo como el de médicos y enfermeras tenían la obligación legal de proporcionar a CARLOS HUMBERTO VALENCIA MONSALVE la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria que requería y no le prestaron ninguna clase de atención cuando fue oportunamente solicitada”. (Se destaca).

Por consiguiente, se reconocerá para cada uno de los padres de la víctima, un monto equivalente a sesenta (60) S.M.L.M.V., y para cada uno de los hermanos, treinta (30) S.M.L.M.V., por concepto del daño consistente en la pérdida de la oportunidad.

En relación con la indemnización a favor de la señora Oliva de Jesús Correa Montoya, la Sala encuentra que para acreditar su condición de compañera permanente de la víctima se recepcionaron las siguientes pruebas testimoniales:

Declaración de la señora María Rosalba Valencia Rivera (fls. 82 y 83 c 1), quien, en relación con la víctima y su compañera permanente, sostuvo: <<Yo lo conozco hace unos 14 años porque la compañera permanente de él es profesora como yo y somos colegas>>; se llama <<Oliva de Js. Correa Montoya>>.

Testimonio del señor Joaquín Emilio Rodríguez Villa, quien señaló: <<Yo a Carlos Humberto lo conocí fuimos compañeros de estudio desde los 17 años, hasta cuarto bachillerato. No somos parientes, sólo la amistad>>; <<Compartía su vida con una educadora, OLIVA>>; <<Yo compartía con él mucho tiempo y era de un comportamiento normal, era una persona educada tanto con su compañera y sus padres...>> (fls. 84 y 85 c 1).

Testimonio del señor Mario García: <<Ellos [la víctima y la señora Oliva de Jesús Correa Montoya] llevaban viviendo bajo el mismo techo por hay seis o siete años>> (fl. 110 c 1).

De conformidad con las pruebas testimoniales antes descritas, la Sala encuentra probado el vínculo entre Oliva de Jesús Correa Montoya y la víctima en condición de compañeros permanentes, por lo cual resulta procedente decretar la indemnización en un monto equivalente a sesenta (60) S.M.L.M.V., por este mismo rubro.

5.2.- Perjuicios morales.

En cuanto corresponde a esta clase perjuicios, dado que ninguna incompatibilidad existe entre el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el daño autónomo consistente en la pérdida de oportunidad que aquí se ha detallado y la aflicción, angustia y congoja que en el plano puramente moral o inmaterial les generó la mencionada pérdida de oportunidad –que no los perjuicios morales por la muerte

de la víctima directa– se hará un reconocimiento por este específico concepto en los siguientes términos:

Para cada uno de los padres y para la compañera permanente de la víctima, un monto equivalente a treinta (30) S.M.L.M.V., y para cada uno de los hermanos, quince (15) S.M.L.M.V.

5.- Condena en costas.

Comoquiera que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A :

PRIMERO: Revócase la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 17 de septiembre de 1999 y, en consecuencia, se dispone:

1. Declárase probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva frente al Departamento de Antioquia.

2. Declárase administrativamente responsable al Hospital San Lorenzo de Liborina E.S.E., por la pérdida de oportunidad del señor Carlos Humberto Valencia Monsalve, ocurrida el 16 de marzo de 1994, de conformidad con lo expuesto anteriormente.

3. Condénase al Hospital San Lorenzo de Liborina E.S.E., a pagar a los señores Pedro Emilio Valencia Vásquez, Ana Eva Monsalve Londoño y Oliva de Jesús Correa Montoya, la suma equivalente a sesenta (60) S.M.L.M.V., para cada uno, a título de pérdida de la oportunidad de su hijo y compañero permanente.

4. Condénase al Hospital San Lorenzo de Liborina E.S.E., a pagar a los señores Guillermo León Valencia Monsalve, Hilda Helena Valencia Monsalve, Pedro Emilio Valencia Monsalve y Leonel de Jesús Valencia Monsalve, la suma equivalente a treinta (30) S.M.L.M.V., para cada uno, por concepto de la pérdida de la oportunidad de su hermano.

5. Condénase al Hospital San Lorenzo de Liborina E.S.E., a pagar a los señores Pedro Emilio Valencia Vásquez, Ana Eva Monsalve Londoño y Oliva de Jesús Correa Montoya, la suma equivalente a treinta (30) S.M.L.M.V., para cada uno, a título de perjuicios morales.

6. Condénase al Hospital San Lorenzo de Liborina E.S.E., a pagar a los señores Guillermo León Valencia Monsalve, Hilda Helena Valencia Monsalve, Pedro Emilio Valencia Monsalve y Leonel de Jesús Valencia Monsalve, la suma equivalente a quince (15) S.M.L.M.V., para cada uno, por concepto de perjuicios morales.

7. Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

8. Sin condena en costas.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

RUTH STELLA CORREA PALACIO
Presidenta de la Sala

ENRIQUE GIL BOTERO
Con aclaración de voto

GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ