

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Radicación número: 050012331000201100091 01 (59776)
Actor: Sandra Patricia Vásquez
Demandado: Municipio de Apartadó y otro
Referencia: Reparación directa
Consejero Ponente: José Roberto Sáchica Méndez

ACLARACIÓN DE VOTO

Temas: *RESPONSABILIDAD MÉDICO HOSPITALARIA – El régimen de responsabilidad por regla general es el de falla probada del servicio – PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD.*

Con el respeto que profeso por las decisiones que adopta la Sala, me permito manifestar las razones que me llevan a aclarar el voto en la sentencia del 12 de diciembre de 2022, pues si bien estoy de acuerdo con la decisión del caso con fundamento en el daño autónomo a la pérdida de oportunidad, considero que debieron identificarse en el fallo los elementos de tal daño.

En el presente asunto se analiza la responsabilidad del Hospital Antonio Roldán Betancur de Apartadó E.S.E. por la muerte del menor Leiner Alejandro Abuchar Vásquez, la cual, se afirmó, ocurrió como consecuencia de un error de diagnóstico y una tardía remisión a un hospital de mayor nivel.

En el proceso se demostró que la atención inicial que se le brindó al paciente se limitó a realizarle procedimientos “*meramente ambulatorios*” y no se efectuó un diagnóstico oportuno, además de haber retrasado injustificadamente su remisión a un centro médico de mayor nivel de atención, pues cuando se hizo ya era demasiado tarde, dado que el paciente falleció a las pocas horas de haber ingresado.

Conforme a lo anterior, en la sentencia se concluyó que “*se acreditó una falla del servicio médico asistencial por parte del Hospital Antonio Roldán Betancur de Apartadó, la cual estuvo causalmente relacionada con la muerte del paciente, puesto que de haberse diagnosticado a tiempo la afección del paciente (trauma toraco abdominal severo con estallido de víscera), se hubiera brindado un tratamiento médico oportuno que hubiera evitado su fatal desenlace tres días después de su ingreso a ese hospital*”.

Luego, a renglón seguido, se indicó que la “*entidad pública demandada está llamada a responder patrimonialmente en este proceso, pero no por la muerte del menor, sino por la pérdida de la oportunidad de haber podido sobrevivir a la complejidad de su cuadro clínico*”.

En efecto, en el caso concreto se probó, por una parte, que el menor Abuchar Vásquez falleció por causa de un shock séptico secundario a un trauma toraco abdominal severo con estallido de víscera y, por la otra, que el avanzado estado de infección que le provocó una falla multisistémica y, por ende, su muerte, estuvo determinado por la tardanza en el diagnóstico, la falta de atención especializada y la demora en el traslado a un hospital de mayor nivel, fallas que, de haberse evitado, habrían brindado al paciente la oportunidad de sobrevivir a esa grave lesión.

En la sentencia se destacó que tratándose de asuntos en los que se debate la defectuosa prestación del servicio médico, el daño no siempre consiste en la lesión física, la secuela fisiológica o la muerte del paciente, sino que también puede ocurrir que se le prive del suministro del tratamiento o cuidado disponible que mayor beneficio le pueda reportar o le otorgue las mayores posibilidades de recuperación.

En este último evento, aunque tampoco existe certeza de que aún si la Administración hubiere actuado con diligencia el paciente hubiere recuperado su salud, lo cierto es que si el centro hospitalario hubiese obrado de conformidad, es decir, con la pericia y el cuidado necesarios, no le habría hecho perder el chance u oportunidad de recuperarse.

Así, pues, en esos casos, considero que es necesario verificar la concurrencia de tres elementos, a saber¹: *i)* falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar; *ii)* certeza de la existencia de una oportunidad y *iii)* certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima:

15.3. Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado. *En primer lugar, para determinar si se está en presencia de un daño de pérdida de oportunidad, es necesario establecer que, en efecto, el titular de la expectativa legítima se encontraba, para el momento en que ocurre el hecho dañino, en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de evitar un perjuicio indeseado. La oportunidad debe encontrarse en un espacio caracterizado por no existir certeza de que su resultado habría beneficiado a su titular, pero tampoco en el que sólo exista la conjetura de una mera expectativa de realización o evitación. Si se tiene certeza sobre la materialización del resultado final, no es posible hablar del daño consistente en la pérdida de oportunidad sino de la*

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 5 de abril de 2017, exp. 25706, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

privación de un beneficio cierto, o si se trata de una mera conjetura o ilusión, tampoco habría lugar a la configuración de una oportunidad por no tener la intensidad suficiente para convertirse en una probabilidad razonable de alcanzarse o evitarse. Así, el requisito de la “aleatoriedad” del resultado esperado tiene enormes incidencias en el plano de la indemnización, ya que si se trata de la infracción a un derecho cierto que iba a ingresar al patrimonio de la víctima o frente al cual se debía evitar un menoscabo, su indemnización sería total, mientras que si el truncamiento es solo respecto de la expectativa cierta y razonable de alcanzar o evitar un resultado final, la posibilidad truncada sería indemnizada en menor proporción.

15.3.1. En ese orden de cosas, la falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado consistente en la obtención de un beneficio o la evitación de un perjuicio que se busca evitar es el primer elemento para proceder a estudiar los otros que se exigen para la configuración de la pérdida de oportunidad

*15.4. **Certeza de la existencia de una oportunidad.** En segundo lugar se debe constatar que, en efecto, existía una oportunidad que se perdió. La expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente” de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondientes.*

*15.5. **Pérdida definitiva de la oportunidad.** En tercer lugar se debe acreditar la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento. Es indispensable que se tenga la certeza de que la posibilidad de acceder al beneficio o evitar el perjuicio fue arrancada definitivamente del patrimonio -material o inmaterial- del individuo tornándola en inexistente, porque si el beneficio final o el perjuicio eludido aún pendiera de la realización de una condición futura que conduzca a obtenerlo o a evitarlo, no sería posible afirmar que la oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún lograda o evitada y, por ende, se trataría de un daño hipotético o eventual; dicho de otro modo, si bien se mantiene incólume la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir el beneficio o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido de modo irreversible, en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el “chance” aún no estaría perdido y, entonces, no habría nada por indemnizar.*

A mi juicio, si bien esos elementos se configuraron en el presente asunto y, por ello, la entidad demandada estaba llamada a responder, hubiera sido muy relevante que los mismos fueran analizados en detalle en la sentencia, lo que, no solo brinda claridad en la decisión sino que, además, permite identificar con certeza la línea que en estos asuntos adopta la Sala.

En los anteriores términos dejo consignado mi aclaración de voto.

Respetuosamente,

Firmado electrónicamente

MARÍA ADRIANA MARÍN

Magistrada