

CONCILIACIÓN JUDICIAL - Aprobación / RESPONSABILIDAD MEDICA - Evolución jurisprudencial. Falla del servicio médico. Presunción de falla del servicio. Carga dinámica de la prueba / PROBABILIDAD DE EXISTENCIA - Prueba del nexa causal / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MEDICO – Evolución jurisprudencial

Un primer momento en la evolución jurisprudencial sobre la responsabilidad por el servicio médico asistencial, exigía al actor aportar la prueba de la falla para la prosperidad de sus pretensiones, por considerar que se trataba de una obligación de medio y por lo tanto, de la sola existencia del daño no había lugar a presumir la falla del servicio. No obstante, en la última década se introdujeron algunos criterios con el objeto de morigerar la carga de la prueba de la falla del servicio, aunque siempre sobre la noción de que dicha falla era el fundamento de la responsabilidad de la administración por la prestación del servicio médico. El primer desarrollo del problema estuvo referido a la aceptación de la prueba de la falla del servicio por inferencia, es decir, a través de la acreditación de las circunstancias que rodearon el caso concreto, de acuerdo con las cuales pudiera el juez deducir dicha falla (falla virtual), en aplicación del principio *res ipsa loquitur* (las cosas hablan por sí solas). En sentencia de octubre 24 de 1990, expediente No. 5902, se empezó a introducir el principio de presunción de falla del servicio médico, que posteriormente sería adoptado de manera explícita por la Sección. En esa providencia se consideró que el artículo 1604 del Código Civil debía ser aplicado también en relación con la responsabilidad extracontractual y en consecuencia, la prueba de la diligencia y cuidado correspondía al demandado en los casos de responsabilidad médica. La presunción de falla del servicio médico que con esta posición jurisprudencial se acogió, fue reiterada en decisión del 30 de junio de 1992, expediente No. 6897, pero con una fundamentación jurídica diferente, la cual hacía referencia a la posibilidad en que se encuentran los profesionales, dado su “conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta”, de satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que puedan formularse contra sus procedimientos. Es de resaltar que la presunción que en esas providencias adoptó la Sala, no es excepcional. En el apartado 2 del artículo 1 de la proposición de Directiva de la Comisión de las Comunidades Europeas del 9 de noviembre de 1990 sobre la responsabilidad del prestador de servicios, se dispone que “la carga de la prueba de la falta de culpa incumbe al prestador de servicios”. Esta inversión de la carga de la prueba parte también, en la comunidad europea, de la idea de que el profesional dispone de conocimientos técnicos, de las informaciones y de los documentos necesarios que le permiten aportar más fácilmente la prueba de su ausencia de culpa. Más recientemente, la Sala ha cuestionado la presunción de la falla del servicio y ha señalado, en aplicación de la teoría de la carga dinámica de las pruebas, que dicha presunción no debe ser aplicada de manera general sino que en cada caso el juez debe establecer cuál de las partes está en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia. Ahora bien, las dificultades que afronta el demandante en los eventos de responsabilidad médica que han motivado, por razones de equidad, la elaboración de criterios jurisprudenciales y doctrinales tendentes a morigerar dicha carga, no sólo se manifiestan en relación con la falla del servicio, sino también respecto a la relación de causalidad. En cuanto a éste último elemento, se ha dicho 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”, es decir, que la relación de causalidad queda probada “cuando los elementos de juicio suministrados conducen a ‘un grado suficiente de probabilidad’”. En síntesis, puede afirmarse que, en muchos eventos, el

demandante puede ser relevado por el juez de acreditar la falla del servicio médico, en aplicación del principio de la carga dinámica de las pruebas o bien a través de una inversión de la carga de las mismas, en consideración al alto grado de dificultad que representa para éste acreditar hechos de carácter científico o realizados en condiciones en las cuales únicamente el profesional médico pueda tener acceso a la información. De igual manera, en algunos eventos no se requerirá que la prueba aportada por el demandante genere certeza sobre la existencia de la relación causal, pues en consideración a la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados, el juez puede darla por establecida con la probabilidad preponderante de su existencia. En todo caso, para que proceda la declaración de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico, el demandante debe acreditar la prestación del servicio médico asistencial o la omisión de dicha asistencia cuando ésta ha sido requerida y existía el deber de prestarla; así como el daño sufrido por esa causa. Nota de Relatoría: Ver sentencias del 7 de octubre de 1991 y del 14 de febrero de 1992; sentencia del 13 de septiembre de 1991, Exp. 6253; del 10 de febrero de 2000 Exp. 11878; del 8 de febrero de 2001, Exp. 12792; del 24 de octubre de 1990, Exp. 5902 del 24 de octubre de 1990 y 6897 del 30 de junio de 1992.

RESPONSABILIDAD MEDICA - Pérdida de una oportunidad / PERDIDA DE UNA OPORTUNIDAD - Doctrina

Debe advertirse que para que haya lugar a la reparación no es necesario acreditar que una adecuada prestación del servicio médico asistencial hubiera impedido el daño, pues basta 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”. Algunas precisiones que FRANCOIS CHABAS ha realizado al respecto: Se requiere que la víctima haya tenido una oportunidad, un áleas, lo cual implica que: a) “la víctima no tenía más que una esperanza: la de ver realizarse un evento benéfico...En la pérdida de una oportunidad, el proceso que podía conducir a la pérdida de la ‘ventaja esperada’ está generalmente iniciado. Es así como hablaremos de la pérdida de una oportunidad de sobrevivir para aquel que no tiene sino oportunidades de no morir. Y ello es paradójicamente diferente de la situación de quien tiene oportunidades de morir. El áleas no es la misma cosa que el riesgo” y b) la oportunidad debía existir, ser real y no meramente hipotética. Que por culpa del agente se haya perdido esa oportunidad. Debe existir relación causal entre la conducta del agente y la pérdida de esa oportunidad, que no es lo mismo que establecer el vínculo causal entre la culpa del agente y la pérdida de la ventaja esperada. Por lo tanto, no puede hablarse de pérdida de oportunidad cuando se desconoce la causa de la pérdida de la ventaja, causa que pudo ser la culpa del agente. “Está entonces prohibido, sobre todo, recurrir a la teoría de la pérdida de una oportunidad cuando el médico no ha hecho más que aumentar un riesgo”. Cuando el perjuicio es la pérdida de una oportunidad de sobrevivir, el juez no puede condenar al médico a pagar una indemnización igual a la que debería si él hubiera matado realmente al enfermo. El razonamiento es el mismo cuando la ‘ventaja esperada’ es diferente de la supervivencia, como por ejemplo, ganar un proceso. El juez debe hacer que la reparación sea proporcional al coeficiente de oportunidades que tenía el paciente y que éste ha perdido...Se examina cuántas oportunidades tenía el paciente de no sufrir este otro perjuicio; se calcula la indemnización según esas oportunidades, pero tomando como base la suma que habría servido para indemnizar por la muerte o por la pérdida cierta de cualquiera otra ‘ventaja esperada’.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA

Consejero ponente: RICARDO HOYOS DUQUE

Bogotá, D.C. diez (10) de junio de dos mil cuatro (2004)

Radicación número: 76001-23-31-000-1999-1690-01(25416)

Actor: JOSÉ WILSON OCAMPO GIRALDO Y OTROS

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL

Referencia: CONCILIACIÓN

Decide la Sala sobre la conciliación judicial celebrada entre las partes ante esta Corporación, el 1 de abril de 2004.

1. Mediante escrito presentado el 10 de agosto de 1999, los señores JOSÉ WILSON OCAMPO GIRALDO, quien actúa en nombre propio y en representación de sus hijos menores JHON JARVI y WILSON ANDRÉS OCAMPO GÓMEZ y, además, LUZ MARINA TOBAR DE GÓMEZ, JHON JAROL GÓMEZ TOBAR y ANA OSORIO, en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., demandaron a la Nación-Ministerio de Defensa, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA. Se declare a LA NACIÓN -MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL, administrativa y extracontractualmente responsable de la totalidad de los perjuicios causados a los demandantes con motivo de la muerte de YACKELINE GÓMEZ TOBAR, ocurrida el 12 de agosto de 1997, en la ciudad de Cali.

SEGUNDA. Condenar a LA NACIÓN -MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL a pagar a cada uno de los demandantes a título de perjuicios morales el equivalente en pesos de las siguientes cantidades de oro fino según su precio internacional certificado por el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de la sentencia de segunda instancia:

Para JOSÉ WILSON OCAMPO GIRALDO, JHON JARVI OCAMPO GÓMEZ, WILSON ANDRÉS OCAMPO GÓMEZ, LUZ MARINA TOBAR DE GÓMEZ, ANA OSORIO, para cada uno de ellos, la cantidad de mil quinientos gramos de oro, en su calidad de esposo, hijos, madre y abuela de la víctima.

Para JHON HAROL GÓMEZ TOBAR, la cantidad de setecientos cincuenta gramos de oro, en su calidad de hermano de la víctima.

TERCERA. Condenar a la NACIÓN -MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL a pagar a JOSÉ WILSON OCAMPO GIRALDO, JHON JARVI OCAMPO GÓMEZ y WILSON ANDRÉS OCAMPO GÓMEZ, los perjuicios materiales sufridos con ocasión de la muerte de su esposa y madre JACQUELINE GÓMEZ TOBAR...”.

2. Según consta en el acta de audiencia de conciliación respectiva, las partes acordaron lo siguiente:

“1. Que la Nación- Ministerio de Defensa- Policía Nacional pagará debidamente actualizado a la fecha de aprobación de la conciliación el valor correspondiente al 70% de la condena impuesta por el tribunal por concepto de perjuicios morales, a favor de cada uno de los demandantes relacionados en la misma.

2. Que la Nación- Ministerio de Defensa-Policía Nacional pagará debidamente actualizado a la fecha de aprobación de la conciliación el valor correspondiente al 60% de la condena de primera instancia, por concepto de perjuicios materiales, a favor de cada uno de los demandantes relacionados en la misma.

3. Para el pago de lo acordado, la Policía Nacional dará aplicación a los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.”.

3. Los hechos que originaron este acuerdo conciliatorio pueden resumirse así: El 25 de julio de 1997, la señora Jacqueline Gómez Tobar asistió a consulta médica en la clínica regional Nuestra Señora de Fátima, que pertenece a la Policía Nacional, por presentar dolor en el vientre. “El profesional de la medicina aparentemente se limitó a colocarle una inyección intravenosa y a recetarle Milanta, porque de pronto era una gastritis y la enviaron a la casa, diciéndole que

lo que necesitaba era reposo”. Además, ordenó que le practicaran una prueba de embarazo, que dio resultado positivo. El 6 de agosto siguiente la paciente asistió de nuevo a urgencias por presentar abundante sangrado, razón por la cual permaneció hospitalizada durante 3 días, al cabo de los cuales le tomaron una ecografía que reportó un embarazo viable. El día 10 siguiente recurrió de nuevo a urgencias por presentar sangrado y cólico, pero el médico que la atendió se limitó a darle calmantes. En las primeras horas del día siguiente fue llevada otra vez a consulta. Esta vez, “el médico de turno alarmado ordenó la hospitalización y pidió que la examinara urgentemente el ginecólogo de turno, quien lo hizo a las 9 y 30 de la mañana. A eso de las 3:40 de la tarde, al ginecólogo, por teléfono, le dieron los resultados y alarmado por el cuadro hemático de la paciente, ordenó reservar unas unidades de sangre y a las 6:30 de la tarde le practicaron el legrado, del cual salió en peores condiciones, por lo cual ordenaron trasladarla al hospital departamental esa misma noche, a eso de las 10 y 30 y murió al otro día hacia el medio día”.

4. El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en sentencia del 17 de enero de 2003, declaró responsable a la Nación- Ministerio de Defensa- Policía Nacional, de la muerte de la señora Jacqueline Gómez Tobar, por considerar que “evidentemente hubo una actuación negligente por parte del personal médico de la Clínica de Nuestra Señora de Fátima de la Policía Nacional, lo cual condujo a la producción de varias situaciones, todas ellas reveladoras del funcionamiento anormal y tardío del servicio médico asistencial a que estaban obligados”.

Como consecuencia de ello, condenó a la Nación -Ministerio de Defensa- Policía Nacional a pagar a los demandantes las siguientes cantidades:

Perjuicios morales

JOSÉ WILSON OCAMPO GIRALDO (cónyuge)	100 salarios mínimos
JHON JARVI OCAMPO GÓMEZ (hijo)	100 salarios mínimos
WILSON ANDRES OCAMPO GÓMEZ (hijo)	100 salarios mínimos
LUZ MARINA TOBAR DE GÓMEZ (madre)	100 salarios mínimos
JHON HAROL GÓMEZ TOBAR (hermano)	30 salarios mínimos

Perjuicios materiales (lucro cesante)

JOSÉ WILSON OCAMPO GIRALDO (cónyuge)	\$27.422.007,44
JHON JARVI OCAMPO GÓMEZ (hijo)	\$8.246.072,18
WILSON ANDRES OCAMPO GÓMEZ (hijo)	\$8.847.281,90

5. Con el acuerdo logrado no se lesionan los intereses de la Nación, porque existe prueba suficiente para llegar a las conclusiones que dedujo el a-quo. En efecto, está demostrado que la señora JACQUELINE GÓMEZ TOBAR falleció el 12 de agosto de 1997. Así se acreditó con el registro civil de la defunción (fl. 10 C-1) y el protocolo de la necropsia médico legal que le practicó el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, cuya conclusión fue: “mujer joven con historia de aborto reciente, quien presentó sangrado masivo y coagulopatía de consumo que la condujeron a anemia aguda, falla multisistémica y la muerte” (fls. 117-118 C-2).

Con la copia de la historia clínica (fls. 13-30 C-1) se demostró que la paciente asistió al servicio médico de urgencias de la clínica regional Nuestra Señora de Fátima de la Policía Nacional, el 6 de agosto de 1997. Se le diagnóstico amenaza de aborto y se ordenó, entre otros procedimientos, hospitalización, evaluación por

ginecólogo y ecografía pélvica. La paciente permaneció hospitalizada hasta el día 8 siguiente, sin que conste en la historia clínica haber sido evaluada por el ginecólogo. La ecografía pélvica reportó: “embarazo 9.5 sem. bien implantado con embrión vivo”. Dos días después, asistió nuevamente a urgencias por presentar sangrado y cólico. El médico de turno, Isauro Enoc Prieto Jativa, según su propio testimonio (fls. 57-58 C-2), sólo le suministró un calmante. El día 11 del mismo mes reingresó por urgencias porque desde hacía más o menos 5 horas presentaba “sangrado genital abundante acompañado de coágulos y de dolor en hipogástrico”. Ese día fue valorada por el ginecólogo quien diagnosticó aborto incompleto y ordenó realizar un legrado. Pero la paciente falleció horas después por anemia aguda y falla multisistémica, la cual, según el testimonio del médico Juan Carlos Buitrago Castañeda (fls. 43-51 C-2), está relacionada con un proceso infeccioso.

Con las pruebas que obran en el expediente, se concluye que la entidad demandada incurrió en falla en la prestación del servicio médico a la señora Jeckeline Tovar Gómez, ya que ésta sólo fue atendida por el especialista el día 11 de agosto, a pesar de que desde la primera consulta, realizada el día 6 anterior, se le diagnosticó amenaza de aborto, el cual degeneró en pocos días en aborto incompleto séptico, que fue la causa de la muerte.

6. El acuerdo al que llegaron las partes está en armonía con las directrices jurisprudenciales de la Sala sobre la responsabilidad del Estado por responsabilidad médica.

Un primer momento en la evolución jurisprudencial sobre la responsabilidad por el servicio médico asistencial, exigía al actor aportar la prueba de la falla para la prosperidad de sus pretensiones, por considerar que se trataba de una obligación

de medio y por lo tanto, de la sola existencia del daño no había lugar a presumir la falla del servicio¹.

No obstante, en la última década se introdujeron algunos criterios con el objeto de morigerar la carga de la prueba de la falla del servicio, aunque siempre sobre la noción de que dicha falla era el fundamento de la responsabilidad de la administración por la prestación del servicio médico.

El primer desarrollo del problema estuvo referido a la aceptación de la prueba de la falla del servicio por inferencia, es decir, a través de la acreditación de las circunstancias que rodearon el caso concreto, de acuerdo con las cuales pudiera el juez deducir dicha falla (falla virtual), en aplicación del principio *res ipsa loquitur* (las cosas hablan por sí solas)².

En sentencia de octubre 24 de 1990, expediente No. 5902, se empezó a introducir el principio de presunción de falla del servicio médico, que posteriormente sería adoptado de manera explícita por la Sección. En esa providencia se consideró que el artículo 1604 del Código Civil debía ser aplicado también en relación con la responsabilidad extracontractual y en consecuencia, la prueba de la diligencia y cuidado correspondía al demandado en los casos de responsabilidad médica.

La presunción de falla del servicio médico que con esta posición jurisprudencial se acogió, fue reiterada en decisión del 30 de junio de 1992, expediente No. 6897, pero con una fundamentación jurídica diferente, la cual hacía referencia a la posibilidad en que se encuentran los profesionales, dado su “conocimiento técnico

¹ Al respecto, sentencias del 7 de octubre de 1991 y del 14 de febrero de 1992.

² Sentencia del 13 de septiembre de 1991, exp: 6253.

y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta”, de satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que puedan formularse contra sus procedimientos.

Es de resaltar que la presunción que en esas providencias adoptó la Sala, no es excepcional. En el apartado 2 del artículo 1 de la proposición de Directiva de la Comisión de las Comunidades Europeas del 9 de noviembre de 1990 sobre la responsabilidad del prestador de servicios, se dispone que “la carga de la prueba de la falta de culpa incumbe al prestador de servicios”³. Esta inversión de la carga de la prueba parte también, en la comunidad europea, de la idea de que el profesional dispone de conocimientos técnicos, de las informaciones y de los documentos necesarios que le permiten aportar más fácilmente la prueba de su ausencia de culpa.

Más recientemente, la Sala ha cuestionado la presunción de la falla del servicio y ha señalado, en aplicación de la teoría de la carga dinámica de las pruebas, que dicha presunción no debe ser aplicada de manera general sino que en cada caso el juez debe establecer cuál de las partes está en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia. Ha dicho la Sala:

“..no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas y científicas. Habrá que valorar en cada caso, si estas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio”⁴.

³ Cfr. RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*. Madrid, Ed. Civitas S.A., 1995, pág. 42.

⁴ Sentencia del 10 de febrero de 2000, exp: 11.878. En el mismo sentido, sentencia del 8 de febrero de 2001, exp: 12.792.

Ahora bien, las dificultades que afronta el demandante en los eventos de responsabilidad médica que han motivado, por razones de equidad, la elaboración de criterios jurisprudenciales y doctrinales tendentes a morigerar dicha carga, no sólo se manifiestan en relación con la falla del servicio, sino también respecto a la relación de causalidad. En cuanto a éste último elemento, se ha dicho 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”⁵, es decir, que la relación de causalidad queda probada “cuando los elementos de juicio suministrados conducen a ‘un grado suficiente de probabilidad’⁶”. 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

⁵ Cfr. DE ANGEL YAGÜEZ.. *Ob cit.*, pág. 42.

⁶ *Ibidem*, págs. 77. La Sala acogió este criterio al resolver la demanda formulada contra el Instituto Nacional de Cancerología con el objeto de obtener la reparación de los perjuicios causados con la práctica de una biopsia. Se dijo en esa oportunidad que si bien no existía certeza “en el sentido de que la paraplejia sufrida por Marianella Sierra Jiménez haya tenido por causa la práctica de la biopsia”, debía tenerse en cuenta que “aunque la menor presentaba problemas sensitivos en sus extremidades inferiores antes de ingresar al Instituto de Cancerología, se movilizaba por sí misma y que después de dicha intervención no volvió a caminar”. Por lo cual existía una alta probabilidad de que la causa de la invalidez de la menor hubiera sido la falla de la entidad demandada. Probabilidad que además fue reconocida por los médicos que laboraban en la misma. Sentencia del 3 de mayo de 1999, exp: 11.169.

naturaleza de las cosas no cabe una prueba directa llegue a la convicción de que existe una 'probabilidad' determinante"⁷.

Debe advertirse que para que haya lugar a la reparación no es necesario acreditar que una adecuada prestación del servicio médico asistencial hubiera impedido el daño, pues basta 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". Al respecto dice Ricardo de Angel Yagüez:

"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 aleatoria. La desaparición de esa oportunidad puede ser debida a causas naturales o favorecidas por terceros, si bien no se sabrá nunca si es la culpa del causante del daño la que ha hecho perderla: sin esa culpa, la ocasión podría haberse perdido también. 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

⁷ *Ibidem*, págs. 78-79.

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”⁸.

Se destacan, además, algunas precisiones que FRANCOIS CHABAS⁹ ha realizado al respecto:

i) Se requiere que la víctima haya tenido una oportunidad, un *áléas*, lo cual implica que: a) “la víctima no tenía más que una esperanza: la de ver realizarse un evento benéfico...En la pérdida de una oportunidad, el proceso que podía conducir a la pérdida de la ‘ventaja esperada’ está generalmente iniciado. Es así como hablaremos de la pérdida de una oportunidad de sobrevivir para aquel que no tiene sino *oportunidades de no morir*. Y ello es paradójicamente diferente de la situación de quien tiene *oportunidades de morir*. El *áléas* no es la misma cosa que el riesgo” y b) la oportunidad debía existir, ser real y no meramente hipotética.

ii) Que por culpa del agente se haya perdido esa oportunidad. Debe existir relación causal entre la conducta del agente y la pérdida de esa oportunidad, que no es lo mismo que establecer el vínculo causal entre la culpa del agente y la pérdida de la ventaja esperada. Por lo tanto, no puede hablarse de pérdida de oportunidad cuando se desconoce la causa de la pérdida de la ventaja, causa que pudo ser la

⁸ *Ibid*, págs. 83-84.

⁹ *La pérdida de una oportunidad (‘chance’) en el derecho francés de la responsabilidad civil*. En revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, No. 8, marzo de 2000, pág. 63-89.

culpa del agente. “Está entonces prohibido, sobre todo, recurrir a la teoría de la pérdida de una oportunidad cuando el médico no ha hecho más que aumentar un riesgo”.

iii) “Cuando el perjuicio es la pérdida de una oportunidad de sobrevivir, el juez no puede condenar al médico a pagar una indemnización igual a la que debería si él hubiera matado realmente al enfermo. El razonamiento es el mismo cuando la ‘ventaja esperada’ es diferente de la supervivencia, como por ejemplo, ganar un proceso. El juez debe hacer que la reparación sea proporcional al coeficiente de oportunidades que tenía el paciente y que éste ha perdido...Se examina cuántas oportunidades tenía el paciente de no sufrir este otro perjuicio; se calcula la indemnización según esas oportunidades, pero tomando como base la suma que habría servido para indemnizar por la muerte o por la pérdida cierta de cualquiera otra ‘ventaja esperada”.

En síntesis, puede afirmarse que, en muchos eventos, el demandante puede ser relevado por el juez de acreditar la falla del servicio médico, en aplicación del principio de la carga dinámica de las pruebas o bien a través de una inversión de la carga de las mismas, en consideración al alto grado de dificultad que representa para éste acreditar hechos de carácter científico o realizados en condiciones en las cuales únicamente el profesional médico pueda tener acceso a la información.

De igual manera, en algunos eventos no se requerirá que la prueba aportada por el demandante genere certeza sobre la existencia de la relación causal, pues en consideración a la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados, el juez puede darla por establecida con la probabilidad preponderante de su existencia.

En todo caso, para que proceda la declaración de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico, el demandante debe acreditar la prestación del servicio médico asistencial o la omisión de dicha asistencia cuando ésta ha sido requerida y existía el deber de prestarla; así como el daño sufrido por esa causa.

7. La Sala advierte que los demandantes y beneficiarios de la condena de primera instancia acreditaron el interés jurídico necesario para actuar en este proceso, de acuerdo con los documentos que obran a folios 3,4, 5, 8, 9,10 y 49 del cuaderno principal, con los cuales se demostró la calidad de esposo, madre, hijos y hermano de la fallecida, con la cual concurren al proceso.

En consecuencia, la legitimación en la causa de los demandantes no admite duda, como tampoco el derecho que les asiste para obtener la reparación de los perjuicios morales, pues tal como lo ha reiterado la jurisprudencia, la calidad de pariente próximo permite inferir la causación de ese tipo de daño.

El perjuicio material, en la modalidad de lucro cesante fue liquidada por el a quo teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de la liquidación, del cual dedujo el 25% que se presumía que la víctima dedicaba a su propia subsistencia, resultado que dividió en dos partes, la primera para el cónyuge, por el término probable de su vida y la restante para ser dividida entre los dos hijos de la fallecida hasta la fecha en que cumplirán los 18 años. La indemnización se liquidó con base en las fórmulas financieras adoptadas por la Sala.

También se advierte que la indemnización de perjuicios acordada es congruente con lo pedido en la demanda.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,
Sección Tercera,

RESUELVE :

Primero. Aprobar la conciliación total lograda entre las partes en la audiencia celebrada el 1 de abril de 2004, la cual hace tránsito a cosa juzgada.

Segundo. Declarar terminado el proceso.

Tercero. La Nación- Ministerio de Defensa- Policía Nacional dará aplicación a lo establecido en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

Cuarto. Expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del decreto 359 del 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte demandante serán entregadas al apoderado judicial que la ha venido representando.

COPIÉSE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA
Presidente Sala

MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ

ALIER E. HERNÁNDEZ ENRIQUEZ

RICARDO HOYOS DUQUE

GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR