



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

Magistrado ponente: Alberto Montaña Plata

Bogotá D.C., 30 de noviembre de 2023

Radicado: 76001-23-31-000-2006-00041-01 (53435)
Demandantes: Alejandro Cruz Samaniego y otros
Demandados: Nación – Ministerio de Defensa Nacional y otros
Referencia: Reparación directa

Temas: Reparación directa – responsabilidad médica – carga de la prueba – pérdida de oportunidad – falta de acreditación de una falla médica – apelante único – debido proceso.

Síntesis: la parte demandante solicitó la declaratoria de la responsabilidad patrimonial por el daño padecido por una menor, durante su nacimiento.

Decide la Sala¹ el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca, el 29 de julio de 2014, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Contenido: 1. Antecedentes – 2. Consideraciones – 3. Decisión

1. ANTECEDENTES

Contenido: 1.1. Posición de la parte demandante – 1.2. Posición de la parte demandada – 1.3. Sentencia recurrida – 1.4. Recurso de apelación y trámite relevante en la segunda instancia

1.1. Posición de la parte demandante

1. El 12 de enero de 2006 Alejandro Cruz Samaniego y Paola Andrea Arroyo Fernández, en nombre propio y en representación de su hija ASCA² y otros³, presentaron **demanda**, en ejercicio de la **acción de reparación directa**, en contra de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Fuerzas Militares de Colombia - Fuerza Aérea Colombiana – Escuela Militar de Aviación – Establecimiento de Sanidad Militar 3027, con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (se transcribe):

¹ El Consejo de Estado es **competente** para conocer los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias dictadas por los tribunales administrativos en primera instancia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo (CCA).

² Debido a que el asunto de la referencia involucra temas sensibles relacionados con la intimidad de una menor de edad, la Sala omitirá su nombre.

³ Diana Patricia Cruz Arroyo (hermana); Sara María Samaniego de Cruz (abuela paterna); María de Jesús Dorado (abuela materna); Ayda Lorena Arroyo Fernández, Katherine Arroyo Fernández y Germán Alonso Arroyo Fernández (tíos).

Radicado: 76001-23-31-000-2006-00041-01 (53435)
 Demandantes: Alejandro Cruz Samaniego y otros
 Demandados: Nación – Ministerio de Defensa Nacional y otros
 Referencia: Reparación directa
 Decisión: confirmar la sentencia

“Primera: Declarar administrativamente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Fuerzas Militares de Colombia - Fuerza Aérea Colombiana – Escuela Militar de Aviación – Establecimiento de Sanidad Militar N° 3027, de los perjuicios materiales y morales causados a la menor, [...] por la falla del servicio de la Administración, que condujo al daño irreversible en su salud con que debe vivir la menor, durante toda su existencia.

Segunda. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Fuerzas Militares de Colombia - Fuerza Aérea Colombiana – Escuela Militar de Aviación – Establecimiento de Sanidad Militar N° 3027, a pagar a los actores o quien represente legalmente sus derechos, los perjuicios de orden material, fisiológico, moral subjetivados, objetivados, actuales y futuros, perjuicio extra patrimonial y alteración de las condiciones de existencia [...] los cuales se estiman mínimo en la suma de [...] (\$2.509.065.000), conforme a lo que resulte probado dentro del proceso, o en su defecto de forma genérica o se regule de conformidad al artículo 308 del Código de Procedimiento Civil. [...]”.

2. Los perjuicios reclamados se resumen así:

Tipo de perjuicio	Valor
Materiales	\$379'440.000 por lucro cesante consolidado, para ASCA. \$2.250.000 por daño emergente, por concepto de gastos médicos y transporte, para el padre. \$2.205.000 por daño emergente, para la madre. \$3.570.000 por lucro cesante, para la madre.
Inmateriales	1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) para ASCA, por perjuicios morales. 500 SMLMV para ASCA, por perjuicios fisiológicos. 500 SMLMV para ASCA, por alteración de las condiciones de existencia. 500 SMLMV por perjuicios morales, para el padre. 500 SMLMV por alteración de las condiciones de existencia, para el padre. 500 SMLMV por perjuicios morales, para la madre. 500 SMLMV por alteración de las condiciones de existencia, para la madre. 500 SMLMV por perjuicios morales, para la hermana. 200 SMLMV por perjuicios morales, para las abuelas. 100 SMLMV por perjuicios morales, para los tíos.

3. En la **demanda**⁴, la parte actora fundamentó sus pretensiones en los siguientes **hechos**:

4. 1) Alejandro Cruz Samaniego, militar “en uso de buen retiro” de la Fuerza Aérea Colombiana, con unión marital de hecho con Paola Andrea Arroyo Fernández, son “titulares de los carnés de servicios médicos expedidos por la Fuerza Aérea Colombiana, cuyo servicio es prestado por la unidad de

⁴ Folios 86-111 del cuaderno principal.

Radicado: 76001-23-31-000-2006-00041-01 (53435)
Demandantes: Alejandro Cruz Samaniego y otros
Demandados: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
y otros
Referencia: Reparación directa
Decisión: confirmar la sentencia

atención Establecimiento de Sanidad Militar N° 3027, Escuela Militar de Aviación Marco Fidel Suárez, Fuerza Aérea Colombiana”.

5. 2) Paola Andrea Arroyo quedó en embarazo en el 2004, por lo que inició los controles prenatales en el Establecimiento de Sanidad Militar 3027 (ESM), *“entidad asignada para prestar los servicios de atención médica y de urgencias, la cual se encuentra ubicada dentro de la Escuela Militar de Aviación Marco Fidel Suárez de la ciudad de Cali”*.

6. 3) Según afirmó la parte demandante, *“ante la renuencia médica de aplicar u ordenar las vacunas necesarias, a pesar de encontrarse reglada en un esquema de vacunación”*, los padres de la menor, por su propia cuenta, asistieron a un centro de salud para que la madre recibiera las vacunas de tétanos y de difteria. Luego de haber puesto en evidencia la desatención médica, el director del ESM les informó que no se habían ordenado las vacunas por no ser necesarias, de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993. Los demandantes reprocharon esta situación, con fundamento en el esquema de vacunación obligatoria establecido por el Ministerio de Salud y Protección Social.

7. 4) El 16 de marzo de 2015, un mes después de haber sido ordenada, se practicó, en la Clínica de Occidente, una ecografía obstétrica, sin novedad alguna. El 5 de mayo de 2005, en la Clínica Nuestra Señora de los Remedios, se practicó una segunda ecografía, en la que tampoco se advirtió alguna alteración.

8. 5) El 14 de junio de 2005 *“se presentó la sintomatología del inicio de alumbramiento”*, por lo que los padres se dirigieron al ESM, de donde fueron remitidos a la Clínica Santiago de Cali, institución en la que ingresaron a las 13:30.

9. 6) A las 9:30 am del 15 de junio, *“habiendo transcurrido casi 20 horas en trabajo de parto y en vista de que los dolores se tornaban tan insoportables [...] Alejandro Cruz le pidió a la doctora Xiomara Romera Peláez, que hiciera algo para mitigar la angustia, ese dolor, preguntándole que si la bebé ya iba a nacer, que por favor hiciera algo, que le practicara una cesárea a su esposa por cuanto los dolores eran superiores a su umbral de dolor”*.

10. 7) A las 12 del medio día, *“la doctora Xiomara Romero pasó revista encontrando a doña Paola Andrea, con la siguiente novedad según sus notas: paciente ansiosa, algida, dilatación 3,4 centímetros, y de nuevo el esposo le manifestó a la ginecóloga que su esposa no aguantaba más los fuertes dolores [...] pero no hubo respuesta”*.

Radicado: 76001-23-31-000-2006-00041-01 (53435)
Demandantes: Alejandro Cruz Samaniego y otros
Demandados: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
y otros
Referencia: Reparación directa
Decisión: confirmar la sentencia

11. 8) A las 15:15 nació la bebé, *“después de un dramático trabajo de parto que fue prácticamente forzado”*, que le causó traumas físicos y psicológicos a la madre a quien, *“sin duda le fue aplicada la ‘maniobra de Kristeller’ que consiste en aplicar una fuerte presión sobre el abdomen de la paciente”*, actividad que es considerada altamente riesgosa.

12. 9) La niña nació sin respiración, lo que obligó a que se hicieran *“maniobras de resucitación, entubándola e inyectándole medicamentos para reanimarla”*. La menor fue trasladada a la unidad de cuidados intensivos para neonatos, en donde se encontró que tenía una *“trauma obstétrico en la clavícula izquierda”*.

13. 10) Según la parte actora, las anotaciones de la historia clínica no correspondían a la realidad, ya que, entre otras consideraciones, se hicieron registros *“como si el parto hubiese sido normal y sin contratiempos”*. Además, los controles fueron muy espaciados y en ellos no se advirtió que *“se estaba presentando una actividad uterina irregular”*.

14. 11) La escanografía cerebral que le fue practicada a la bebé arrojó como resultado la *“encefalopatía hipóxica isquémica severa”*. La parte actora agregó que la menor *“presenta[ba] una serie de deficiencias orgánicas y problemas físicos notorios y de grandes consecuencias”*, entre ellos, no succionaba, es decir no se alimentaba instintivamente; presentaba espasmos extensores frecuentes; no presentaba patrones de movimiento; no balbuceaba, de los que se deducía que no llegaría a hablar.

15. 12) En octubre de 2005 *“se detectó en la bebé una luxación de cadera izquierda, muy seguramente a consecuencia del parto traumático”*.

16. La parte demandante señaló que existía *“una falla probada en el servicio, fundamentada en el daño físico sufrido por la menor, en los conceptos y diagnósticos aportados por los médicos y especialistas que la han tratado”*. Según agregó, en el registro de la historia clínica, al ser ingresada a la Clínica Santiago de Cali, se indicó una *“actividad uterina irregular [...] lo que permite darnos cuenta desde que momento se da inicio a la negligencia que se configura en una falla probada del servicio”*. En el apartado titulado *“falla del servicio”*, la parte actora se preguntó por qué no se había practicado una cesárea, ante las repetidas solicitudes del padre, y añadió que, si *“una partera sabe que, ante la falta de dilatación, no queda otra alternativa que practicar una cesárea ¿por qué lo va a ignorar un médico?”*. Añadió que la *“tardía y mala atención que se le brindó a la madre durante su alumbramiento, son resultado exclusivo de la negligencia, impericia e imprudencia y violación de reglamento con que actuó la clínica Santiago de Cali, contratada por la Fuerza Aérea Colombiana”*.

Radicado: 76001-23-31-000-2006-00041-01 (53435)
Demandantes: Alejandro Cruz Samaniego y otros
Demandados: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
y otros
Referencia: Reparación directa
Decisión: confirmar la sentencia

17. Con fundamento en un antecedente del Consejo de Estado de 1998, señaló que la obligación médico obstetra era de resultado, por lo que le correspondía al médico demostrar los elementos que le permiten exonerarse de responsabilidad.

1.2. Posición de la parte demandada

18. La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Fuerza Aérea Colombiana **contestó la demanda**⁵ y se opuso a las pretensiones. Indicó que los hechos tuvieron lugar en la Clínica Santiago de Cali, por lo que debía ser esa entidad la llamada a responder, en virtud del contrato de servicios médicos y hospitalarios que suscribió con el ESM. Indicó que no solo era necesario probar la existencia del daño, sino que el mismo debía ser “*atribuible jurídicamente al Estado*”. Llamó en garantía la Clínica Santiago de Cali.

19. La Clínica Santiago de Cali **contestó el llamamiento en garantía**⁶ y formuló las excepciones de mérito de “*falta de legitimación en la causa por activa; indebida representación dentro del proceso; capacidad para ser parte en el proceso, e inexistencia de los requisitos de la responsabilidad civil*”, en desarrollo de las cuales se opuso a las pretensiones. Aclaró que la “*actividad uterina irregular*” se refiere a un proceso en el que no existen contracciones con una frecuencia de 3 a 5 por minuto, con una duración de 30 a 60 segundos y una intensidad progresiva, y que es una consideración que se circunscribe a indicar que se está en la fase latente del trabajo de parto, esto es, la primera fase.

20. Sostuvo que en una paciente “*primeriza*”, la fase latente del trabajo de parto tiene una duración promedio de 8,6 horas, “*considerándose como prolongada cuando excede de 20 horas*”. Agregó que no existían pruebas de la pérdida del conocimiento de la paciente y que no era necesario practicar una cesárea porque no se cumplían los requisitos.

21. Indicó que no tuvo lugar un “*dramático trabajo de parto*” y que la maniobra *Kristeller* se practicó debido a la posición del feto.

22. Afirmó que los médicos del centro clínico actuaron con diligencia y responsabilidad durante el parto.

23. Indicó que la obligación de los médicos es de medios y no de resultado y que la responsabilidad del Estado por intervenciones en el área ginecológica no se trata de una responsabilidad objetiva. Añadió que no había prueba alguna de los perjuicios causados a los “*familiares colaterales*” y que estos,

⁵ Folios 145-149 del cuaderno principal.

⁶ Folios 234-250 del cuaderno principal.

Radicado: 76001-23-31-000-2006-00041-01 (53435)
Demandantes: Alejandro Cruz Samaniego y otros
Demandados: Nación – Ministerio de Defensa Nacional y otros
Referencia: Reparación directa
Decisión: confirmar la sentencia

según la jurisprudencia, no se presumían. La Clínica Santiago de Cali llamó en garantía a Seguros Comerciales Bolívar.

24. Seguros Comerciales Bolívar S.A. **contestó la demanda y el llamamiento en garantía**⁷ y presentó las excepciones de inexistencia de la responsabilidad por carencia del nexo causal; inexistencia de responsabilidad por parte de la Clínica Santiago de Cali; ausencia de falla del servicio, y límite del valor asegurado.

1.3. Sentencia recurrida

25. El 29 de julio de 2014 el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca, profirió **Sentencia de primera instancia**⁸, en la que resolvió (se transcribe):

"PRIMERO. – DECLÁRASE a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Fuerzas Militares de Colombia - Fuerza Aérea Colombiana – Escuela Militar de Aviación – Establecimiento de Sanidad Militar N° 3027 administrativamente responsable de los perjuicios causados por la pérdida de oportunidad en el proceso de parto de la señora Paola Andrea Arroyo Fernández, de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO. - Como consecuencia de la anterior declaración, CONDENAR a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Fuerzas Militares de Colombia - Fuerza Aérea Colombiana – Escuela Militar de Aviación – Establecimiento de Sanidad Militar N° 3027, a reconocer y pagar a los actores las siguientes sumas de dinero:

Por concepto de pérdida de oportunidad:

Para la menor [...] (afectada directa), la suma de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para los señores Alejandro Cruz Samaniego y Paola Andrea Arroyo Fernández, la suma de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de ellos.

Para la señora Diana Patricia Cruz Arroyo, la suma de treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para las señoras Sara María Samaniego De Cruz y María Jesús Fernández Dorado, la suma de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada una de ellas.

Por concepto de perjuicios morales:

Para la menor [...], la suma de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para los señores Alejandro Cruz Samaniego y Paola Andrea Arroyo Fernández, la suma de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno de ellos

Para la señora Diana Patricia Cruz Arroyo, la suma de treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para las señoras Sara María Samaniego De Cruz y María Jesús Fernández Dorado, la suma de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada una de ellas.

TERCERO. - **NEGAR** las demás pretensiones [...]"

26. El Tribunal encontró acreditado el daño, con fundamento en la historia clínica. Con apoyo en la posición jurisprudencial más reciente, indicó que, "en los daños sufridos en el acto obstétrico [...] en la actualidad el criterio acogido es el de la falla en la prestación del servicio en la modalidad probada".

27. Según sus conclusiones, hasta la segunda ecografía no se había presentado alguna irregularidad que permitiera acreditar una falla del servicio. De igual manera, al ingreso a la Clínica Santiago de Cali la paciente recibió atención médica; sin embargo, "entre las 13:45 Hs y las 19:20 Hs, del día 14 de junio de 2005; y entre las 00:30 Hs y 5:30 Hs, no se evidencia en la historia clínica ningún registro de control y monitoreo, es decir, durante esos lapsos superiores o iguales a cinco horas, no aparece anotación alguna en tal

⁷ Folios 280-285 del cuaderno principal.

⁸ Folios 376-424 del cuaderno del Consejo de Estado.

Radicado: 76001-23-31-000-2006-00041-01 (53435)
Demandantes: Alejandro Cruz Samaniego y otros
Demandados: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
y otros
Referencia: Reparación directa
Decisión: confirmar la sentencia

sentido, lo que denota ausencia de dichos controles por espacios de tiempo prolongados". Según agregó, "es claro que los intervalos en que se efectuaron los controles fueron bastante alejados, y si bien es cierto, según el criterio médico, ni la ruptura de la membrana, ni la actividad uterina irregular, representaban una urgencia para adelantar el parto, o practicar una cesárea, también es cierto que existe la duda que de haberse realizado tales monitoreos y controles con mayor frecuencia, concurre la posibilidad de haberse evitado la maniobra de Kristeller, en el sentido de haber practicado horas antes el parto, o realizado cesárea".

28. Para el juez de la primera instancia se podía inferir que se pudo evitar un parto prolongado, lo que pudo haber evitado, de igual manera, "el sufrimiento fetal de quien estaba por nacer, así como la fractura de clavícula que padeció la criatura". Agregó que la luxación congénita de cadera izquierda también "tuvo su génesis en el trabajo de parto".

29. Aunque estaban demostradas algunas afectaciones físicas a la menor, "no e[ra] claro, ni se podía inferir [...] la causa de la afectación cerebral". Con todo, indicó que, aunque no estuviera plenamente demostrado el nexo causal, se podía acudir a la llamada pérdida de oportunidad. En este sentido, existía una "alta probabilidad de que la causa del daño ocasionado a los demandantes sea la falla médica atribuible a la demandada, por cualquiera de las siguientes razones: i) lo distante de los controles prenatales [...] ii) la práctica de la maniobra de Kristeller".

30. Para el Tribunal "no es seguro que el feto hubiese nacido en condiciones mejores si se le hubiere practicado a la gestante una cesárea, o si el alumbramiento se hubiese dado o provocado en un menor tiempo al que transcurrió (24 horas); pero sí resulta diamantamente claro, con criterio de justicia, que posiblemente hubiera contado con más posibilidades de que el resultado fuera otro, por lo menos en lo que hace a las fracturas que padeció".

31. Según afirmó, en este caso, "el nexo de causalidad se establece por medio de indicios", toda vez que el "resultado fallido en un proceso de parto luego de un embarazo normal es indicio de una falla del servicio".

32. Concluyó que "resulta[ba] comprometida la responsabilidad de [las entidades demandadas] por pérdida de oportunidad".

33. Según apuntó, toda vez que "el perjuicio autónomo no deviene estrictamente de las condiciones de salud en que nació la menor, sino de la pérdida de oportunidad causada", el Tribunal no reconoció los perjuicios materiales solicitados "y en conciencia se orden[ó] el reconocimiento de un valor genérico por concepto de pérdida de oportunidad". Reconoció

Radicado: 76001-23-31-000-2006-00041-01 (53435)
Demandantes: Alejandro Cruz Samaniego y otros
Demandados: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
y otros
Referencia: Reparación directa
Decisión: confirmar la sentencia

perjuicios morales a la menor, a sus padres, hermana y abuelas, y se los negó a los tíos, por su falta de acreditación.

1.4. Recurso de apelación y trámite relevante en la segunda instancia

34. El 5 de septiembre de 2014, la parte demandante presentó **recurso de apelación**⁹ en el que insistió en que estaba acreditada una falla del servicio médico por la *“falta de atención y permanente diagnóstico”*, que provocaron el daño alegado. Señaló que la disminución gradual de la frecuencia cardíaca de la menor era otra prueba de la falla médica. Agregó que el consentimiento informado no se había diligenciado en debida forma.

35. Solicitó que se revocara o modificara la sentencia para, en su lugar, declarar *“acreditado el nexo causal entre el comportamiento médico negligente y el daño sufrido por la menor”* y que se reconocieran todos los perjuicios reclamados en la demanda.

36. Mediante Auto de 26 de noviembre de 2014¹⁰, el magistrado ponente del Tribunal Administrativo de Valle del Cauca, tras adelantar la audiencia de conciliación de que tratan la Ley 640 de 2001 y 1395 de 2010, y ante la inasistencia injustificada del apoderado de la entidad demandada, **declaró desierto** su recurso de apelación.

37. Por Auto de 11 de mayo de 2016¹¹, a pesar de que se advirtió que los documentos aportados por la parte demandante en su recurso, referidos a la *“actualización del estado de salud y compromiso neurológico”*, no cumplían con los requisitos legales establecidos para su decreto como prueba en segunda instancia, al estar *“directamente relacionados con los hechos y las pretensiones de la demanda”*, el despacho las tuvo como *“medios de convicción”* y, en la parte resolutive de la providencia resolvió *“decretar como pruebas con el valor que la ley les otorgue a las aportadas por el apoderado de la parte actora”*.

38. En la oportunidad para **alegar de conclusión** la parte demandante insistió en los argumentos expresados en el trascurso del proceso¹². Seguros Comerciales Bolívar S.A. solicitó que la segunda instancia se *“abstuviera”* de pronunciarse sobre esa aseguradora, pues *“la sentencia de primera instancia no profirió condena alguna contra esta compañía”* y porque el recurso de apelación tampoco había pretendido condena alguna en su contra¹³. Agregó que, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el nexo de causalidad debía ser probado en todos los casos y que no podía

⁹ Folios 432-443 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁰ Folios 470-473 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹¹ Folios 486 y 487 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹² Folios 492-503 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹³ Folios 506-516 del cuaderno del Consejo de Estado.

Radicado: 76001-23-31-000-2006-00041-01 (53435)
Demandantes: Alejandro Cruz Samaniego y otros
Demandados: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
y otros
Referencia: Reparación directa
Decisión: confirmar la sentencia

presumirse. Criticó el manejo de los indicios que efectuó el Tribunal e indicó que la pérdida de oportunidad no sustituía la falta de prueba del nexo de causalidad. Las entidades demandadas y el **Ministerio Público** guardaron silencio¹⁴.

2. CONSIDERACIONES

Contenido: 2.1. Presupuestos procesales, síntesis del caso y decisiones que se adoptarán – 2.2. Análisis sustantivo – 2.3. Sobre la condena en costas

2.1. Presupuestos procesales, síntesis del caso y decisiones que se adoptarán

39. La Sala decidirá sobre el fondo de este asunto porque encontró acreditados los presupuestos procesales. La acción fue ejercida **dentro del término legal** porque los hechos que dieron origen al proceso ocurrieron entre el 14 y 15 de junio de 2005 y la demanda se presentó el 12 de enero de 2006, es decir, dentro del término establecido.

40. La Sala, previa valoración de los argumentos que soportaron la condena en la primera instancia, **confirmará** la decisión de primera instancia, toda vez que, a pesar de que no se demostró la causa del daño, una decisión contraria desmejoraría la situación del apelante único (artículo 357 del CPC).

2.2. Análisis sustantivo

41. La Sala encuentra probado el daño alegado, consistente en las afectaciones de la menor que habrían tenido lugar durante su nacimiento, acreditadas a través de la historia clínica¹⁵ y de los testimonios técnicos¹⁶. No obstante, no ocurre lo mismo con la causa del daño.

42. El Tribunal Administrativo del Valle, luego de señalar que se desconocía la razón de la afectación cerebral de la menor, y de concluir que no se podía si quiera inferir la causa, recurrió a la figura de la pérdida de la oportunidad para sustentar su decisión de condena. En la Sentencia objeto de apelación, la pérdida de oportunidad fue tratada como un perjuicio autónomo (al punto de que se condenó a la indemnización de perjuicios a título de pérdida de oportunidad, no solo a la menor sino a sus padres y sus abuelos), también fue tratada como un problema causal, e incluso se identificó como un título de imputación, consideraciones que alteran y desconfiguran la naturaleza de esa institución jurídica.

¹⁴ Folio 527 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁵ Folios 17 – 85 del cuaderno principal 1.

¹⁶ Folios 1-17 del cuaderno principal 2.

Radicado: 76001-23-31-000-2006-00041-01 (53435)
Demandantes: Alejandro Cruz Samaniego y otros
Demandados: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
y otros
Referencia: Reparación directa
Decisión: confirmar la sentencia

43. La pérdida de oportunidad ha sido considerada como una unidad dentro de la tipología de perjuicios¹⁷; como un “*fundamento de daño*”¹⁸; como un título de imputación¹⁹, y como un elemento a tratar dentro del estudio de la causalidad. Si bien es cierto que existen entendimientos diversos de la figura, reconocidos por la doctrina, la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia (última que advirtió como “*no ha sido pacífica la ubicación del acaecimiento del daño por pérdida de la “chance”*”), algunas de sus concepciones y alcances han sido desechados por la jurisprudencia del Consejo de Estado, quien ubica a la categoría jurídica entre dos de los elementos estructurantes de la responsabilidad: el daño y la causalidad o causación.

44. Como lo advirtió el Consejo de Estado, en lo que respecta al tratamiento de la doctrina de la pérdida de oportunidad por esta Corporación, “*existen dos variantes jurisprudenciales que han sido adoptadas por la posición mayoritaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado y replicadas por la doctrina*²⁰: la primera, con fundamento en la causalidad probabilística²¹, afirma que la responsabilidad es proporcional en función de la probabilidad de la causa, esto es, que se imputa al actor una fracción o porcentaje del perjuicio final, en virtud de la posibilidad de que con su conducta haya incidido en la producción del daño²² -**teoría relacionada con la imputación**; la segunda, considera que la pérdida de oportunidad representa un fundamento de daño, cuya reparación se efectúa no en función de la probabilidad de existencia del vínculo de causalidad entre el hecho dañoso

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 4 de agosto de 2014, SC10261-2014.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 5 de abril de 2017, exp. 25706.

¹⁹ Así pareció entenderlo el juez de la primera instancia.

²⁰ (Cita original de la Sentencia) Medina Alcoz ha descrito las posturas existentes en la materia, así: “Al fundamentarse el derecho de daños en la existencia de una causalidad real e indivisible, la doctrina de la oportunidad perdida constituye una afrenta a la causalidad (...), pues entra en juego justamente, cuando no concurre el nexo etiológico natural entre el hecho ilícito y la pérdida de la ventaja. Por eso hay una teoría que partiendo de la concepción general de la causalidad, niega la corrección técnica de la doctrina de la oportunidad perdida (teoría del “todo o nada” o de la identificación total); y otras que, para justificarla, rechazan total o parcialmente la regla de la indivisibilidad causal (teoría de la causalidad probabilística o de la identificación parcial), o, la evitan conceptualizando la chance como un bien en sí mismo cuya pérdida produce un daño de carácter emergente (teoría ontológica o autonomista)” -se subraya-: MEDINA ALCOZ, *La Teoría de la Pérdida de Oportunidad, Estudio Doctrinal y Jurisprudencial de Derecho de Daños Público y Privado*, 2007, p. 246 y 247.

²¹ (Cita original de la Sentencia) La causalidad probabilística recurre a elementos de la teoría de probabilidades para enlazar la relación entre la causa y su efecto: “Atrás ha quedado aquella vieja concepción que exigía certeza absoluta para tener por acreditado el nexo de causalidad entre la conducta del encartado y el evento lesivo. Según sus cultores, el presupuesto causal sólo se tenía por probado, si en la indagación retrospectiva de los hechos que efectuaba el intérprete (vía hipotética), surgía de manera irrefutable que el comportamiento del agente era la causa del menoscabo. No vamos a explayarnos aquí sobre los argumentos que esbozaban quienes defendían a ultranza esta tesis radical del “todo o nada”; dado que éstos han caído en desuso y, salvo contadas excepciones, asistimos a la consolidación de una nueva forma de apreciar el fenómeno causal, con importantes aportes interdisciplinarios y, por sobre todo, reconociendo una cierta dosis de incertidumbre, azar o aleatoriedad; a punto tal que hoy se habla, sin añadiduras, de causa probabilística (...) Queda claro que la certeza absoluta, como criterio de apreciación valorativo de la causalidad, ciñó en aras de la probabilidad. La causalidad se rediseñó, entonces, en términos de probabilidad. Por tanto, el juez puede fundar su decisión sobre los hechos que, aun sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como más verosímiles; es decir, que presentan un grado de probabilidad predominante, suficiente, alta, cualificada, etcétera”. PREVOT, Juan Manuel, “El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 15, p. 167.

²² (Cita original de la Sentencia) La doctrina francesa denomina a esta postura la falsa teoría de la pérdida de oportunidad ya que es difícil aceptar la declaratoria de la responsabilidad proporcional en función de la probabilidad de la causa. QUEZEL-AMBRUNAZ, Christophe, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, París 2010, n.º 191.

Radicado: 76001-23-31-000-2006-00041-01 (53435)
Demandantes: Alejandro Cruz Samaniego y otros
Demandados: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
y otros
Referencia: Reparación directa
Decisión: confirmar la sentencia

y el daño final, sino en función de la frustración de la expectativa legítima -**teoría relacionada con el daño**-. (énfasis original)²³

45. En la referida Sentencia de 5 de abril de 2017, exp. 25706, el Consejo de Estado, tras analizar las distintas posturas sobre la pérdida de oportunidad, indicó (se transcribe):

“Después de haber revisado las dos posturas sobre el fundamento de la pérdida de oportunidad, la Sala considera que la postura que mejor solventa los dilemas suscitados es aquella que concibe a la pérdida de oportunidad como un fundamento de daño derivado de la lesión a una expectativa legítima²⁴, diferente de los demás daños que se le pueden infligir a una persona, como lo son, entre otros, la muerte (vida) o afectación a la integridad física, por lo que así como se estructura el proceso de atribución de estos últimos en un caso determinado, también se debe analizar la imputación de un daño derivado de una vulneración a una expectativa legítima en todos los perjuicios que de ella se puedan colegir, cuya naturaleza y magnitud varía en función del interés amputado y reclamado.

14.4. Esto conduce a la Sala a sostener que no es posible aceptar que la pérdida de oportunidad sea un criterio auxiliar de imputación de responsabilidad, habida cuenta de que no será dable, desde un punto de vista jurídico, acceder a declarar la responsabilidad sin que exista certeza del vínculo entre el daño sufrido por la víctima -ej. muerte- y el hecho dañino, ni tampoco es viable construir una presunción artificial y parcial de responsabilidad, y condenar -haciendo uso de esta técnica de facilitación probatoria- a reparar una fracción de la totalidad del daño final sin tener ni siquiera certeza de que el demandado es en realidad el autor del daño final. Al derecho de daños no le interesa atribuir daños parciales sin prueba total de responsabilidad; es necesario que exista certeza y que se determine con claridad por qué en razón de la conducta del autor que desconoce obligaciones se atribuye jurídicamente el daño. Por tanto, la pérdida de oportunidad no es una técnica alternativa y flexible para resolver casos de incertidumbre causal entre la intervención del tercero y el beneficio perdido o el detrimento no evitado, pues se incurriría claramente en una contradicción de los cimientos mismos del sistema de responsabilidad o en una elusión de los presupuestos de responsabilidad [...]

Para la Sala, el alcance adecuado de la pérdida de oportunidad es aquel que la concibe como fundamento de daño, proveniente de la violación a una expectativa legítima; es natural que en muchos casos se susciten eventos de incertidumbre causal, pero esto no justifica que se instrumentalice a la pérdida de oportunidad como una herramienta para resolver este dilema, no solo porque exonera al demandante de la carga de probar la relación existente entre el hecho dañoso y el perjuicio final, sino

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 5 de abril de 2017, exp. 25706.

²⁴ Esta Subsección en decisión reciente señaló que es posible aplicar la teoría de la pérdida de oportunidad a casos donde se vulneren expectativas legítimas: “El modo de reparación de daños antijurídicos derivados de vulneraciones a expectativas legítimas se debe enmarcar dentro de los parámetros de la oportunidad pérdida, siguiendo la premisa conocida del derecho de daños que circunscribe la indemnización de los perjuicios al daño, “solo el daño y nada más que el daño” a fin de evitar un enriquecimiento sin justa causa a favor de la víctima y no contrariar las reglas de la institución jurídica de la responsabilidad estatal: “el daño es la medida del resarcimiento”(…). //10.2.8.2.1. Teniendo en consideración que el daño se origina por la amputación de una expectativa legítima a la consolidación de un derecho, bien sea, en tratándose de una aspiración de obtener un beneficio o una ganancia -polo positivo-, o bien cuando la víctima tenía la aspiración de evitar o mitigar un perjuicio y, como consecuencia de la abstención de un tercero, dicho curso causal dañoso no fue interrumpido -polo negativo-, se debe declarar la responsabilidad del Estado y reparar dicha frustración de la expectativa legítima dentro de los presupuestos de la teoría de la pérdida de oportunidad cuyo monto dependerá de la mayor o menor probabilidad y cercanía de su ocurrencia”: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2015, rad. 22637, con ponencia de quien proyecta el presente fallo.

Radicado: 76001-23-31-000-2006-00041-01 (53435)
Demandantes: Alejandro Cruz Samaniego y otros
Demandados: Nación – Ministerio de Defensa Nacional y otros
Referencia: Reparación directa
Decisión: confirmar la sentencia

porque rompe la igualdad entre las partes al beneficiar a una de ellas con una presunción de causalidad que, en todo caso, será siempre improcedente²⁵.

[...]

Por lo anterior, la Sala considera que el fundamento de la pérdida de oportunidad como daño autónomo, cuenta con dos componentes, uno de certeza y otro de incertidumbre: el primero, se predica respecto de la existencia de la expectativa, toda vez que esta debe ser cierta y razonable, al igual que respecto a la privación de la misma, pues en caso de no haber intervenido el hecho dañino infligido por el tercero, la víctima habría conservado incólume la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar un menoscabo; y, el segundo, respecto a la ganancia esperada o el perjuicio que se busca evitar, pues no se sabe a ciencia cierta si se hubiera alcanzado o evitado de no haberse extinguido la oportunidad."

46. Aunque la sentencia no tiene la naturaleza de unificación, es sin duda un precedente relevante en la materia²⁶.

47. Lo que tienen en común las diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la naturaleza jurídica de esta categoría es que reconocen (aunque en ocasiones lo hagan de manera implícita) que la pérdida de oportunidad desbarajusta y pone a prueba los clásicos y comúnmente admitidos elementos estructurantes de la responsabilidad extracontractual. Por un lado, la certeza del daño y, por el otro, la comprobación de la causalidad. En últimas, la doctrina de la pérdida de la oportunidad también se concibe como un instrumento de facilitación probatoria, toda vez que, de manera similar a lo que ocurre en el caso de las presunciones, *"la doctrina de la oportunidad perdida pretende corregir ese desequilibrio, auxiliando a la víctima ante estas dificultades probatorias [...] Un remedio con que encarar la incertidumbre"*²⁷.

48. Lo que revela la discusión doctrinal y jurisprudencial es que, como institución jurídica, la pérdida de oportunidad se debate entre dos mundos y, sin duda, pone a prueba concepciones clásicas sobre las que está construida

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 15 de agosto de 2002, rad. 11605, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez: "Y debe insistirse en que la presunción de la causalidad será siempre improcedente; aceptarla implicaría incurrir en una evidente contradicción, en la medida en que supondría la aplicación, tratándose de la responsabilidad por la prestación del servicio médico asistencial, de un régimen más gravoso para el demandado inclusive que el objetivo, dado que si bien en éste la falla del servicio no constituye un elemento estructural de la obligación de indemnizar, el nexo causal está siempre presente y la carga de su demostración corresponde al demandante, en todos los casos."

"Nótese pues, que en punto de la prueba de la causalidad, por lo menos recientemente, esta Corporación ha aludido a "un cierto aligeramiento de la carga probatoria del demandante" respecto de los supuestos del artículo 90 de la Carta Política -dentro de los que se encuentra la causalidad-, pero no ha aludido a una presunción de causalidad, o si se quiere de responsabilidad, en virtud de la cual pudiera corresponder al demandado y no al demandante, la carga probatoria en cuestión": Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de agosto de 2006, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. rad. 14.957.

²⁶ La Sala Plena de la Sección Tercera, mediante Auto de 7 de abril de 2022, avocó al conocimiento de un recurso de apelación para unificar la jurisprudencia en lo que respecta a la concepción de la pérdida de oportunidad "en aquellos procesos en que se estudia la responsabilidad patrimonial del Estado bajo el título jurídico de atribución de defectuoso funcionamiento de la administración de justicia".

²⁷ Luis Medina Alcoz, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 88

Radicado: 76001-23-31-000-2006-00041-01 (53435)
Demandantes: Alejandro Cruz Samaniego y otros
Demandados: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
y otros
Referencia: Reparación directa
Decisión: confirmar la sentencia

la responsabilidad patrimonial, como la certeza del daño y la relación de causalidad o causación.

49. Aunque el Consejo de Estado, en la Sentencia de 5 abril de 2017, señaló que, de ser aceptada la concepción de la pérdida de oportunidad como *“una técnica alternativa y flexible para resolver casos de incertidumbre causal entre la intervención del tercero y el beneficio perdido o el detrimento no evitado, [se] incurriría claramente en una contradicción de los cimientos mismos del sistema de responsabilidad”*, no se puede pasar por alto que la pérdida de oportunidad, justamente, pone a prueba la concepción más tradicional de la responsabilidad patrimonial, sea porque cuestiona el entendimiento de una causalidad 100% acreditada, sea porque cuestiona otro elemento conceptual tradicional de la institución jurídica, la certeza del daño.

50. La discusión que puso de presente la referida Sentencia de 5 de abril de 2017, evidencia la naturaleza dual que acompaña a la pérdida de oportunidad, entre cuyos polos se posiciona. Naturaleza que, en últimas, depende de la situación que se estudie, pues, no es asimilable un caso en el que, con ocasión de la no inclusión en una lista de donatarios (receptores de órganos), por una falla acreditada del servicio, se le cercena a una persona la oportunidad de recibir un trasplante de órgano que podría salvar incluso su vida²⁸ (caso en el cual se hace más evidente el *“fundamento de daño”* al que se refiere la sentencia de abril de 2017); a un caso en el que la relación de causalidad sea difícil de acreditar, pero donde existen elementos de convicción que apuntan a que, de no haber intervenido la conducta de la administración, otro hubiera sido el resultado, como ocurre cuando, por un error imputable a una entidad que presta el servicio médico, no existe sangre disponible en el momento en el que un paciente es atendido y luego esa persona fallece.

51. En los casos en los que la pérdida de oportunidad es tratada como un daño autónomo, esta postura controvierte la exigencia de la *“certeza del daño”* o, como lo señaló el Consejo de Estado, *“el carácter aleatorio del daño final”*²⁹; mientras que, en los casos de incertidumbre causal, lo que se pone a prueba es, justamente, la exigencia de una prueba absoluta de la causa del daño. Si se observa en detalle, lo que comparte las aproximaciones es la lectura flexibilizada de los elementos que configuran la responsabilidad, en búsqueda de la solución más justa, aunque ello ponga a prueba la coherencia interna de un sistema que no está exento de enfrentar algunos retos y dificultades conceptuales.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 26 de febrero de 2014, exp. 33492.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 5 de abril de 2017, exp. 25706.

Radicado: 76001-23-31-000-2006-00041-01 (53435)
Demandantes: Alejandro Cruz Samaniego y otros
Demandados: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
y otros
Referencia: Reparación directa
Decisión: confirmar la sentencia

52. Ahora, con todo y los referidos problemas derivados de la indeterminación o de la naturaleza dual de la institución jurídica, estos no se pueden traducir en concepciones antojadizas y, al máximo, se debe procurar reducir las indeterminaciones conceptuales. Así, a pesar de que las discusiones sobre la naturaleza jurídica de la pérdida de la oportunidad (dentro y fuera de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo) continúan abiertas, estas discusiones han sido correctamente delimitadas. En lo que respecta a nuestra jurisdicción, la pérdida de oportunidad no se reconoce como un tipo de perjuicio autónomo, ni ha sido reconocida como una razón o fundamento de atribución de la responsabilidad al Estado o título de imputación.

53. En lo que respecta a las particularidades del caso que estudia la Sala, el recurrente señaló que se debía declarar la responsabilidad del Estado porque estaba acreditada una falla en la prestación del servicio médico por la *“falta de atención y permanente diagnóstico”*. Solicitó que se revocara la decisión y se diera por *“acreditado el nexo causal entre el comportamiento médico negligente y el daño sufrido por la menor”*, lo que daría lugar a un reconocimiento pleno de los perjuicios y no solo a título de pérdida de oportunidad.

54. Las consideraciones del recurrente exigen un examen sobre la causa del daño alegado. Al respecto, a pesar de que la parte demandante señaló que se encontraba probada una falla en la prestación del servicio, las pruebas aportadas no permiten arribar a esa conclusión. Por el contrario, de conformidad con las afirmaciones del juez de primera instancia, se desconoce la causa de la afectación cerebral de la menor y su relación con la prestación del servicio médico. La historia clínica no permite dar por acreditada la falla señalada, pues, a diferencia de las conclusiones del Tribunal (quien, luego de determinar que se desconocían las razones que produjeron las afectaciones de ASCA, declaró la responsabilidad de las demandadas), no obra en el expediente una prueba que dé cuenta de la causa de las lesiones.

55. No solo no existe un dictamen o una prueba técnica que permita arribar a esa conclusión, sino que, el testimonio de la médica ginecobstetra tratante, que obra en el expediente, contradice esa afirmación. La testigo refirió que la cesárea no estaba indicada para el caso de la paciente, pues se encontraba dentro de un *“trabajo de parto normal dentro de los protocolos establecidos”*. Por otra parte, los tiempos de ingreso de información en la historia clínica, o los espacios entre los mismos, no son suficientes para dar por acreditada la responsabilidad, ya que, si bien el mal diligenciamiento de una historia clínica podría ser tenido como un indicio, esto no resulta suficiente para fundamentar la responsabilidad en un caso en el que las pruebas no dan cuenta de las razones de la afectación y en el que existen otras que directamente la contradicen.

Radicado: 76001-23-31-000-2006-00041-01 (53435)
Demandantes: Alejandro Cruz Samaniego y otros
Demandados: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
y otros
Referencia: Reparación directa
Decisión: confirmar la sentencia

56. Cuando se desconocen las razones que produjeron una afectación (como en el caso que ocupa la atención de la Sala), las consideraciones que acuden a la pérdida de oportunidad no pueden suplir, por completo, la actividad probatoria en cabeza del demandante. Cuando así se obra, entonces sí que se instrumentaliza y se desbarajusta más la ya poco pacífica concepción de la figura. Aún más arduo y desestructurante resulta reconocer a través de su configuración unos tipos de perjuicios.

57. Como se advirtió, es por razones de justicia que se acude a la doctrina de la pérdida de oportunidad, pues se pretende evitar que se dejen de indemnizar daños que deberían ser indemnizados, pero ello no es lo que debe ocurrir cuando existe ausencia absoluta de pruebas. Tampoco se debe acudir a la pérdida de oportunidad, ni por ello debe ser tratada de manera indistinta, para sustentar y conceder tipos de perjuicios desconocidos y ajenos a esta jurisdicción.

58. El Tribunal Administrativo de Valle del Cauca reconoció perjuicios morales, a los que sumó los perjuicios que concedió a título de pérdida de oportunidad. Como se advirtió, para la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la pérdida de oportunidad no constituye una tipología de perjuicio indemnizable (como lo son el daño emergente, el lucro cesante, los perjuicios morales o el llamado daño a la salud), por lo que no procedía su reconocimiento a este título.

59. Con los argumentos expuestos en esta providencia, sería del caso revocar la condena impuesta por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca referida a la declaratoria de responsabilidad y al reconocimiento de perjuicios a título de pérdida de oportunidad; sin embargo, se impone confirmar la decisión de primera instancia³⁰ en observancia del debido proceso y en atención a lo dispuesto por el artículo 357 del CPC, que establece que la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, de donde se deriva, como lo señala hoy expresamente el artículo 328 del Código General del Proceso, que el juez no puede hacer más desfavorable la situación del apelante único.

2.2. Sobre la condena en costas

60. La Sala se abstendrá de condenar en costas, pues no se configuran los supuestos del artículo 171 del CCA.

³⁰ Expresada en SMLMV, por lo que no corresponde una actualización de la condena.

Radicado: 76001-23-31-000-2006-00041-01 (53435)
Demandantes: Alejandro Cruz Samaniego y otros
Demandados: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
y otros
Referencia: Reparación directa
Decisión: confirmar la sentencia

3. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca, el 29 de julio de 2014, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas.

Por Secretaría, una vez ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Aclaración de voto

Firmado electrónicamente
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Aclaración de voto

Firmado electrónicamente
ALBERTO MONTAÑA PLATA