

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



Villavicencio, 30 de septiembre de 2021
SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 4

MAGISTRADA PONENTE: CLAUDIA PATRICIA ALONSO PÉREZ

RADICACIÓN: 50 001 33 31 005 2009 00269 01

**1° INSTANCIA: JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DEL
CIRCUITO DE VILLAVICENCIO**

ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA

DEMANDANTE: GRACIELA PÉREZ MOLANO Y OTROS

**DEMANDADO: HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE
VILLAVICENCIO**

**LL. EN GARANTÍA: LA PREVISORA SA COMPAÑÍA DE
SEGUROS**

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Sala, me permito manifestar las razones por la cuales salve el voto parcialmente en la sentencia proferida en el asunto de la referencia.

1. De los argumentos de la providencia

En el asunto que fue objeto de definición en el presente asunto, la Sala mayoritaria asumió la tesis según la cual en los procesos de reparación directa donde se indemniza la pérdida de una oportunidad, no es posible el reconocimiento del lucro cesante como perjuicio material, toda vez que al constituir un daño autónomo, el mismo resulta incompatible con el reconocimiento del perjuicio material en la modalidad de lucro cesante.

Se lee en la decisión sobre el particular:

“En este punto es importante señalar que atendiendo que el perjuicio por pérdida de oportunidad tiene un carácter autónomo, ya que este no se deriva directamente de lesiones permanentes sufridas por GRACIELA PÉREZ MOLANO, sino de la pérdida de oportunidad por no haber recibido a tiempo el tratamiento para la lesión vascular que padecía, la Sala no hará pronunciamiento alguno frente a los perjuicios materiales pretendidos en la demanda y reclamados nuevamente en el recurso de apelación, ya que estos emanan precisamente de la lesión de la víctima.

Como sustento de lo anterior, vale la pena traer a colación la sentencia del 7 de octubre de 2020¹, en la que se indica que la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado en un caso en el que también se reclaman perjuicios materiales indicó lo siguiente:

“Frente al reconocimiento de perjuicios por pérdida de oportunidad como daño autónomo, es importante resaltar, que se acogerán los criterios jurisprudenciales² para elaborar la liquidación correspondiente, pues no existe una norma que determine la forma en que se debe indemnizar esta modalidad de daño, y la Corte Suprema de Justicia ha señalado también que acoge el criterio del Consejo de Estado, en atención a que el daño no deviene en este caso, de la muerte del señor Bonilla Ceballos, sino en la pérdida de oportunidad en sí misma.

Así las cosas, se realizará una tasación de perjuicios, atendiendo al principio de equidad, previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, así:

“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 1998³— 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

¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. CP: Jaime Enrique Rodríguez Navas. Rad: 19001-23-31-000-2006-00719-01(50288). Actor: Fanny Dolores Montoya Franky.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del 13 de marzo de 2013, rad. 25569 y del 21 de marzo de 2012, rad. 22017.

³ “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’”.

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.

(...), 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”⁴ (Negrilla fuera del texto)

En igual sentido, se pronunció la Subsección A en sentencia del 5 de julio de 2018⁵, en la que se indicó que “no se reconocerán los perjuicios materiales a título de lucro cesante pretendidos por los demandantes, pues, se reitera, no es consecuencia de la muerte del señor Armando Quijano Santamaría de donde surge la indemnización, sino como un perjuicio autónomo consistente en la pérdida de la oportunidad de haber continuado con vida.”.

2. Argumentos del Salvamento de voto.

Si bien es cierto la postura asumida por la Sala mayoritaria se corresponde con una línea jurisprudencial que se ha desarrollado en algunas providencias de diversas secciones de la Sección Tercera del Consejo de Estado, no lo es menos que existen varias decisiones de esta misma corporación que se han pronunciado en el sentido contrario, es decir, que la teoría de la pérdida de una oportunidad no resulta incompatible con el reconocimiento del lucro cesante.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, rad. 18593.

⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. CP: Marta Nubia Velásquez Rico. Rad: 68001-23-31-000-2004-02444-01(44740). Actor: Sara Orejarena de Quijano

Así, en reciente decisión del 5 de mayo de 2020, la Subsección b, de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁶ reconoció la posibilidad de indemnizar el lucro cesante cuando se indemniza la pérdida de una oportunidad respecto de las ganancias de una aeronave.

En el mismo sentido, podemos citar las decisiones del 24 de mayo del 2018⁷ y 8 de agosto del 2018⁸ en las cuales se ha reconocido la posibilidad de indemnizar el lucro cesante cuando se da aplicación a la teoría de la pérdida de una oportunidad.

Si bien es cierto, el debate académico, conceptual y jurisprudencial sobre la figura de la pérdida de una oportunidad, y especialmente respecto de los alcances indemnizatorios de la misma no se ha agotado, o, si se quiere, persiste, sin que logre consolidarse una postura definida, no lo es menos que en el medio del debate nos encontramos con una víctima que requiere ser resarcida.

Y es precisamente a partir del entendimiento que el derecho de daños moderno se centra en la víctima, como elemento central del mismo, que considero que ante la disyuntiva existente entre las dos posturas ya indicadas, resulta necesario dar aplicación a aquella que garantice el principio de reparación integral del daño, y en consecuencia resulta procedente dar reconocer el lucro cesante en estos eventos.

La liquidación del lucro cesante deberá realizarse aplicando el porcentaje de la pérdida de la oportunidad establecido en el proceso a los valores establecidos como ganancia o ingreso, y a partir de los valores así establecidos dar aplicación a las fórmulas que tradicionalmente ha manejado la jurisdicción para determinar tanto el lucro cesante consolidado como el futuro.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ, Bogotá D.C., cinco (5) de mayo de dos mil veinte (2020) Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01154-01(35631)

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejera ponente: María Adriana Marín, Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 05001-23-31-000-2003-01639-01(40735)

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO Bogotá, D.C., ocho (08) de agosto del dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 05001-23-31-000-2002-00774-01(45138)

En el presente asunto, a partir del dictamen pericial se estableció un porcentaje de la pérdida del 27,5%, razón por la cual con este porcentaje debió estimarse el lucro cesante de la parte demandante.

Adicionalmente, la sentencia no resulta consistente, pues si la tesis que defiende es que la teoría de la pérdida de una oportunidad constituye un daño autónomo que no es compatible con el reconocimiento de los perjuicios materiales, no se entiende las razones por las cuales al liquidar los perjuicios inmateriales, aplicó el porcentaje de la pérdida, es decir el 27,5%, a los baremos que por daños a la salud y morales fueron establecidos jurisprudencialmente para lesiones distintas del *“daño autónomo denominado pérdida de una oportunidad”*.

Con fundamento en las razones expuestas, dejo consignado mi salvamento parcial de voto.

Firmado Por:

Carlos Enrique Ardila Obando

Magistrado

Mixto 002

Tribunal Administrativo De Villavicencio - Meta

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

965287bf4ec6f8107beaf258d8578666ba3acdb2205e857fe089e3b29eba157f

Documento generado en 30/09/2021 11:31:46 PM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**