

Doctor

**CARLOS ANDRÉS GALLEGO GOMEZ**

JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DE ARAUCA

**MEDIO DE CONTROL:** REPARACIÓN DIRECTA

**DEMANDANTE:** JOSE ESMARAGDO BOHORQUEZ SANCHEZ Y OTROS.

**DEMANDADO:** HOSPITAL DEL SARARE EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO.

**RADICADO:** 81-001-33-33-002-2015-00207-00.

**ASUNTO:** ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

**IVAN DANILO LEON LIZCANO**, mayor de edad y vecino de Arauca, identificado con la cédula de ciudadanía número 13.465.604 de Cúcuta (N. de S.), Abogado en ejercicio con Tarjeta Profesional número 75.032 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi condición de apoderado de la parte demandante dentro del referido, me permito presentar ante su despacho los alegatos de conclusión en los siguientes términos:

El Tribunal Administrativo de Arauca sala de decisión, en sentencia de fecha 25 de octubre de 2024, respecto a la falla probada y a la pérdida de oportunidad se pronunció así<sup>1</sup>:

“ (...)

Del régimen de responsabilidad por actividad médica. Sobre el particular la Jurisprudencia del Consejo de Estado no ha sido pacífica, ya que inicialmente ésta se estudiaba bajo el régimen subjetivo de falla probada del servicio, por lo que se exigía al demandante que para que prosperaran sus pretensiones probará la falla sin que hubiese lugar a alguna presunción.

Posteriormente se adoptó el criterio de la presunción de falla en el servicio, por lo que la prueba de haber actuado con diligencia y cuidado recae en el demandado, toda vez que se consideraba que el médico tenía la capacidad de resolver las inquietudes por sus procedimientos.

Seguidamente se trasladó al análisis bajo el amparo de la teoría de la carga dinámica de la prueba, estableciendo entonces que el Juez era el encargado de señalar en cada caso quien estaba en mejores condiciones de probar si existió o no la falla.

Finalmente, la Jurisprudencia retornó al primer estadio del estudio de la responsabilidad, es decir a **la falla probada**, respecto de la cual el Órgano de Cierre de esta Jurisdicción ha establecido<sup>2</sup> que:

«El régimen aplicable al juicio de responsabilidad por falla médica ha variado en la jurisprudencia de esta Corporación a lo largo de los años. Adelantado inicialmente bajo el régimen de falla probada del servicio; adelantado más tarde conforme a los supuestos de la falla presunta del servicio, y sometido después a los lineamientos

---

<sup>1</sup> MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA - RADICADO:81001333100120120007301 - DEMANDANTE: CARMEN OMAIRA PUERTA LAMUS Y OTROS. DEMANDADO: HOSPITAL SAN VICENTE DE ARAUCA - MAGISTRADA PONENTE: YENITZA MARIANA LOPEZ BLANCO.

<sup>2</sup> CE. Secc. III. Subsección C. Sentencia del 29 de abril de 2019. MP. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

Radicación: 23001-23-31-000-2009-00180-01(55350).

teóricos de la carga dinámica de la prueba, a partir del año 2006 ha estado sujeto al régimen de falla probada del servicio, de modo que en la actualidad, quien demande la reparación de un daño ocasionado como consecuencia del acto médico soporta la carga de probar, no solo la existencia de un daño, sino también su imputabilidad a la entidad que se demanda». Se han eliminado las citas de pie de página del texto original»).

En este sentido, el régimen de imputación que actualmente ha venido desarrollado el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado es la falla probada del servicio, por lo que es al demandante a quien le corresponde demostrar, con cualquiera de los medios de prueba legalmente aceptados, aquellos elementos que estructuran la responsabilidad extracontractual del Estado con ocasión de los daños antijurídicos producidos por la actividad médica.

**La pérdida de oportunidad.** El Consejo de Estado se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la figura jurídica de la pérdida de la oportunidad en la responsabilidad extracontractual del Estado, señalando en esencia que se estructura en aquellos eventos en los que una persona se encontraba en la posibilidad de obtener un beneficio, provecho o ganancia o evadir un menoscabo, circunstancia que es impedida de forma definitiva por la actuación u omisión de un tercero, generándose de tal modo la incertidumbre de la realización del beneficio, y a la vez causándose la certeza de haber perdido irreversiblemente la posibilidad de una ventaja.

Así entonces, la pérdida de la oportunidad se erige en un interés jurídico para el afectado que lo habilita para solicitar su resarcimiento ante la administración de Justicia, al ver frustradas por conductas antijurídicas sus legítimas expectativas de haber obtenido una situación favorable a sus propósitos.

El Consejo de Estado<sup>3</sup> ha puntualizado sobre este tema que:

*«Sobre la definición de la pérdida de la oportunidad, la Sección Tercera de esta Corporación ha indicado que:*

*“[L]a pérdida de oportunidad o pérdida de chance **alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta éste que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial**; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio —material o inmaterial— para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento.*

*La pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten **un elemento de certeza y otro de incertidumbre**: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el*

---

<sup>3</sup> CE. Secc. III. Subsección B. Sentencia del 18 de octubre de 2021. MP. Martín Bermúdez Muñoz. Radicación: 25000-00-00-000-2006-00586-01(45518).

**damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre**, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento (...)."

Atendiendo a la anterior definición, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido de forma reiterada y pacífica, que la configuración de la pérdida de oportunidad como daño autónomo, debe reunir los siguientes requisitos:

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

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

Tal circunstancia es la que permite diferenciar la 'pérdida de oportunidad' del 'lucro cesante' como rubros diversos del daño, pues mientras que la primera constituye una pérdida de ganancia probable —dado que, según se ha visto, por su virtud habrán de indemnizarse las expectativas legítimas y fundadas de obtener unos beneficios o de evitar una pérdida que por razón del hecho dañoso nunca se sabrá si habrían de conseguirse, o no—, el segundo implica una pérdida de ganancia cierta —se dejan de percibir unos ingresos que ya se tenían—;

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

En este de orden de ideas, la pérdida de la oportunidad ha sido tratada por la Jurisprudencia del Consejo de Estado como un daño cualificado, al establecer que se presenta como un daño autónomo que merece un tratamiento especial al momento de ser estudiado en sede judicial contenciosa administrativa, el cual puede ser indemnizado. De igual forma, este tipo de daño se encuentra constituido por tres elementos a saber (i) la certeza de la oportunidad que se reputa perdida; (ii) la imposibilidad definitiva de

obtener el provecho, la reparación del daño o evitar el detrimento, y (iii) encontrarse en una situación potencialmente apta para la consecución de la indemnización.

**Tasación de perjuicios por la pérdida de la oportunidad.** Al respecto el Consejo de Estado<sup>4</sup> ha determinado que:

*«En relación con la indemnización de perjuicios, la jurisprudencia de esta Sala de Sección ha estimado que la pérdida de oportunidad constituye un daño de naturaleza autónoma. En ese sentido se ha dicho (se transcribe de forma literal, incluidos posibles errores):*

*“(…) la Sala considera que la pérdida de oportunidad se ubica en el campo del daño, sin desconocer que por elementales razones guarda estrecho vínculo con la relación de causalidad, -la causalidad existente entre el hecho imputable y el daño para estructurar la responsabilidad- y por lo mismo, resulta ser un perjuicio autónomo que, no obstante, es indemnizable, diferente al daño final padecido por el paciente*

*La Sala debe advertir que no existe un mandato legal relativo a la forma en la que se debe indemnizar este perjuicio, toda vez que esta figura constituye un daño autónomo que no se causa directamente, en este caso, por la muerte de la paciente, sino de la pérdida de oportunidad y justamente permite que la cuantía se valore de acuerdo con el principio de equidad, previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998:*

#### **“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 1998— impone tener en cuenta para efectos de reparar de forma integral el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, a cuyo auxilio debe acudir, además, por virtud del denominado principio pro damnato, propio del derecho de daños 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” (negrillas y subrayas de la Sala).*

*Este reconocimiento, se insiste, surge de la dificultad de indemnizar con base en datos estadísticos o exactos de cuya prueba adolecen casos como el que se examina, razón por la cual se acude al criterio de equidad, a fin de evitar condenas en abstracto, como ya lo ha hecho esta Subsección en casos de indemnización del*

---

<sup>4</sup> CE. Secc. III. Subsección A. Sentencia del 23 de octubre de 2020. MP. Marta Nubia Velásquez Rico.  
Radicación: 08001-23-31-003-2007-00806-01 (60092).

*perjuicio autónomo de la pérdida de oportunidad.» (Se han eliminado las citas de pie de página del texto original). ...“*

**Del caso concreto:**

Como se manifestó mediante el escrito de demanda el señor **BOHÓRQUEZ**, fue diagnosticado con catarata traumática de ojo derecho; por lo cual fue intervenido el 21 de enero de 2013, así como la colocación de un lente intraocular, la cual fue llevada a cabo en el Hospital del Sarare.

Tres meses después de dicho procedimiento el señor **BOHÓRQUEZ**, no presentó mejoría alguna; pese a haber manifestado esto a su médico tratante, ya que su vista en el globo ocular derecho; el señor **BOHÓRQUEZ** nunca fue remitido a un hospital de mayor nivel o a un centro especializado en el tema.

El día 17 de abril de 2013 y en vista de la no mejoría después de la cirugía y de la falta de atención a su caso; mi mandante solicite un segundo concepto médico en la Clínica Barraquer de la ciudad de Bogotá; donde se ordenó la realización de un sonograma de ojo derecho que fue realizado el día 19 de abril de esa misma anualidad y donde se obtuvo la siguiente lectura:

“El control ecográfico obtenido con 1-3 muestra remanentes vítreos con probable desgarro o probable factor traccional de 5 a 6 : Mácula irregular, el resto de la retina se observa aplicada, (fl 30).”

Luego de los hallazgos encontrados en la Clínica Barraquer de Bogotá tres meses después de la cirugía realizada en el Hospital del Sarare, el especialista informa que es necesario realizar una QUERATOPLASTIA PENETRANTE DE OJO DERECHO y EXTRACCIÓN LIO OD para lo que fue necesario buscar un donante de córnea, (fl 75)

El día 29 de abril de 2013 el especialista de la Clínica Barraquer de la ciudad de Bogotá, le informa al señor JOSE BOHORQUEZ que para la recuperación de su visión se hacía necesario la realización de una CIRUGÍA QUEROPLASHA PENETRANTE DE OJO DERECHO y TRASPLANTE DE CÓRNEA, por lo que fue puesto en lista de espera de un donante.

La CIRUGÍA QUEROPLASHA PENETRANTE DE OJO DERECHO y TRASPLANTE DE CÓRNEA fue realizada a mi mandante el día 27 de diciembre de 2013 en la Clínica Barraquer de la Ciudad de Bogotá, por lo que a partir de ese momento hasta la fecha el señor BOHÓRQUEZ y su esposa debieron trasladar su residencia a la ciudad de Bogotá, situación que ha ocasionado graves perjuicios económicos a mis poderdantes.

Estamos frente a lo que se denomina una falla en el servicio médico y en la prestación del servicio de salud que ocasionó el deterioro grave y la pérdida de funcionalidad de un órgano sensorial indispensable para el desarrollo y ejercicio de las actividades cotidianas.

Mediante petición radicada el día 17 de julio de 2014 se solicitó al Hospital del Sarare copia de la Historia Clínica que reposaba en esa entidad; pero solo se limitaron a allegar el informe quirúrgico, sin las anotaciones de control posquirúrgico.

De la declaración rendida por la señora Tulia Martínez Arevalo se desprende que el señor José Esmaragdo Bohorquez asistía a controles médicos, ya que la testigo asistía a los mismos controles donde el mismo profesional de salud la había operado.

Declara la señora que también quedó mal operada y perdió su vista, razón la que la llevó a interponer una acción judicial solicitando la indemnización de perjuicios.

Es mucha casualidad que dos personas intervenidas quirúrgicamente de la vista por el mismo médico y en el mismo hubiesen quedado con problemas visuales y se manifieste por parte de la entidad demandada que no cumplieron con las recomendaciones postoperatorias y que por la edad de la testigo no podía ver, a lo que la misma expreso que de ser ese el caso, ¿por qué la intervinieron?

En este orden de ideas, está la mala praxis por parte del médico y la responsabilidad de la entidad demanda de elegir una persona cualificada para tales procedimientos.

### **PETICIÓN**

Respetuosamente por lo anteriormente expuesto solicito al señor Juez, se declare la responsabilidad extracontractual y patrimonial de la entidad demandada y se acceda a las pretensiones económicas de la demanda.

**IVAN DANILO LEON LIZCANO**

CC. 13.465.604 de Cúcuta (N. de S.)

T. P. 75.032 del C. S. de la J.