

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO ADMINISTRATIVO TRANSITORIO
DESPACHO No. 110013333401

Bogotá DC, diecinueve (19) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicado: 11001331038-2012-00074-00
Actor: XIMENA ALEJANDRA JIMENEZ ENCISO Y OTROS
Demandado: ALCALDIA MAYOR DE BOGOTA – SECRETARIA
DISTRITAL DE SALUD Y HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR
Acción: REPARACION DIRECTA
Instancia: PRIMERA
Tema: FALLA EN LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD

Procede el Despacho AVOCAR el conocimiento del presente proceso y proferir la sentencia que corresponda, teniendo en cuenta las siguientes:

I. PRETENSIONES

Se señalaron en la demanda de la siguiente manera:

“DECLARACIONES Y CONDENAS

PRIMERA: Que se declare administrativamente responsable al DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA – SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD y a la ESE HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR de los daños morales ocasionados con la OMISION MÉDICA al no practicarle el procedimiento ordenado y autorizado Bypass y haberle practicado otros procedimiento denominado banda gástrica.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración, se CONDENE DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA – SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD y a la ESE HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR a pagar a las señoras XIMENA ALEJANDRA JIMENEZ ENCISO y a la señora madre de ésta, ROSALBA ENCISO DE JIMENEZ, como reparación del daño ocasionado, o a quien represente legalmente sus derechos, los perjuicios de orden material y moral, subjetivos y objetivados, actuales y fisiológicos, los cuales se estiman en más de 100 SMLMV o conforme a lo que resulte probado dentro del proceso o en su defeco de forma genérica.

TERCERA: La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del CCA aplicando en la liquidación la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor.

desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta la de ejecutoria del correspondiente dallo definitivo.

CUARTA: La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia, en los términos de los artículos 176 y 177 del CCA."

II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Se consignaran brevemente los hechos de la demanda de la siguiente manera:

La señora XIMENA ALEJANDRA JIMENEZ ENCISO desde el 27 de agosto del 2009 ha venido siendo atendida por el servicio médico ofrecido por la Secretaria Distrital de Salud de Bogotá, inicialmente a través de la IPS de Servita de donde fue remitida a Cirugía General al Hospital Simón Bolívar en donde se le diagnostico obesidad mórbida requiriendo la realización de una cirugía de Bypass Gástrico.

Después del diagnóstico de obesidad mórbida dado a la señora XIMENA ALEJANDRA pesaba 136 kilos, se le practicaron una serie de exámenes y valoraciones con especialistas, los cuales dieron visto bueno para la cirugía de Bypass Gástrico.

El 19 de octubre del 2009, se reunió la Junta Médica del Hospital Simón Bolívar, y autorizaron que a la señora XIMENTA ALEJANDRA JIMENEZ ENCISO se le realizara el Bypass gástrico por Laparoscopia.

La solicitud de Bypass gástrico fue autorizado por la Secretaria de Salud mediante carta dirigida al Gerente del Hospital Simón Bolívar con el radico No. 148723 del 6/11/2009.

En razón a lo anterior, el médico tratante le informó a la señora XIMENA ALEJANDRA que para realizar la cirugía debía cancelar un valor de \$ 1.545.000 por concepto de copago; por lo cual se interpuso una acción de tutela para que se autorizara el procedimiento sin cobro de copago dado la falta de capacidad económica.

El 30 de julio del 2012, el Juzgado Treinta y Uno Civil Municipal concede la tutela interpuesta por la señora XIMENA ALEJANDRA JIMENEZ ENCISO y ordena al Hospital Simón Bolívar ESE garantice la cirugía de Bypass Gástrico, sin perjuicio de las acciones de recobro ante el FOSYGA por los valores que está obligado a cubrir.

Una vez fue ingresada la señora XIMENA ALEJANDRA JIMENEZ ENCISO, el médico tratante, es decir Carlos Luna Jespa, le informa que la cirugía a realizar no es el Bypass gástrico sino Manga Gástrica, porque según las consideración del galeno la señora al interponer una acción de tutela demostró no tener

capacidad para adquirir los suplementos necesarios que debe usar de por vida.

A la señora XIMENA ALAJANDRA efectivamente le realizaron la cirugía bariátrica denominada Banda Gástrica, y dos años después solo ha logrado reducir 16 kilos, por lo que continúa con dolores, taquicardias, cefaleas y sin poder dar un vuelvo favorable a su vida.

III. DE LOS ARGUMENTOS DE LA PARTE ACTORA

Hace referencia que la Secretaria de Salud Distrital y el Hospital Simón Bolívar son responsables administrativamente, por cuanto a la señora XIMENA ALEJANDRA no se le practicó el procedimiento autorizado; es decir, el Bypass Gástrico; hecho que no contribuyó al mejoramiento de su salud, y que por el contrario ha generado diversos ingresos por urgencias y consulta externa.

Señala igualmente, que la señora madre de XIMENA ALEJANDRA se ha visto afectada por la omisión del Hospital Simón Bolívar tanto moral como económicamente, por cuanto no se generó el cambio de 180 grados que esperaban con la realización de el Bypass Gástrico.

Por lo anterior, solicita que las entidades demandadas sean condenadas al pago de 1000 SMLMV por concepto de perjuicios morales; así como perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) y fisiológicos.

IV. ACTUACIONES PROCESALES

Como consta a folio 32 del expediente, la demanda fue radicada el 9 de abril del 2012, siendo admitida mediante auto del 10 de julio del 2012; la parte demandada fue notificada en debida forma y dio contestación como se observa a folios 23-45; mediante auto interlocutorio del 08 de abril del 2014 se abrió el proceso a pruebas (fls.196-198), y se corrió traslado para alegatos de conclusión el 16 de marzo del 2016 (fl.305) e ingresó posteriormente al Despacho para sentencia.

V. CONTESTACION DE LA DEMANDA

5.1 Alcaldía Mayor de Bogotá - Secretaria Distrital de Salud (fls.23-34)

Se opone a todas las pretensiones de la demanda, y señala de que la entidad no realizó el procedimiento quirúrgico denominado Banda Gástrico, en razón a ello no puede ser el centro de la imputación jurídica del daño alegado por la parte actora.

Aunado a lo anterior, formula las excepciones de ineptitud de la demanda; falta de legitimación de la causa por pasiva; falta de nexo causal; por no

estarse frente a una misión esencial de la Secretaria de Salud Distrital; ausencia de pruebas de la responsabilidad; sobre las cuales, el Despacho se pronunciara en acápites posteriores.

5.2 ESE Hospital Simón Bolívar (fls. 35-45)

Se opone a todas las pretensiones de la demanda, e indica que la señora XIMENA ALEJANDRA conocía y consintió el procedimiento a realizar, correspondiente en la Manga Gástrica, como se puede observar en el documento denominado consentimiento informado.

Señala igualmente que en la literatura médica se entiende como cirugía bariátrica, el conjunto de procedimientos quirúrgicos que buscan modificar anatómica, funcional y metabólicamente el tracto digestivo para lograr disminuir el exceso de peso y resolver parcial o definitivamente las comorbilidades asociadas mejorando así las condiciones y calidad de vida del paciente obeso; y que dentro de este conjunto de procedimientos se encuentra las siguientes: el Bypass, la Manga o Sleeve, la Banda Gástrica, entre otros.

Basado en lo anterior argumenta, que la actuación de los médicos que asistieron a la señora XIMENA ALEJANDRA fue el adecuado y la determinada en la Lex Artix, descontándose con ello cualquier falla médica en el servicio prestado al paciente, en cual fue brindado bajo los parámetros señalados en la Ley 100 de 1993.

Por último, propone las excepciones de fondo sobre la inexistencia del nexo causal alegada de falla del servicio, inexistencia de relación de causalidad entre el acto médico y el daño causado; y llamó en garantía a Compañía de Seguros - LA PREVISORA SA.

Sobre el llamado en garantía, es pertinente señalar que si bien, se admitió mediante auto del 25 de junio del 2013, el mismo fue declarado desistido por cuanto la entidad demandada no cumplió con la carga procesal de sufragar los gastos para su vinculación, como consta a folio 54 del cuaderno del llamado en garantía.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSION DE LAS PARTES

6.1 Parte accionante (fls. 313-317)

Reitera los argumentos esgrimidos en la demanda, y señala:

Que se presenta una falla estructural en la historia clínica, en razón a que el consentimiento informado que en ella se encuentra, hace referencia a una fecha anterior de 6 meses a la intervención quirúrgica realizada, sin que señale para que procedimiento esta dado el consentimiento, con firmas y sello ilegible; y otros

2 meses antes a la cirugía sin que el mismo se haya diligenciado.

En los documentos aportados no es clara la decisión adoptada por la junta médica del HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR, cuanto el acta de la misma se encuentra incompleta.

Existe un acta de la junta médica del 19 de octubre del 2009, con una solicitud de autorización de insumos y servicios para Bypass Gástrico, lo que evidencia que este fue el procedimiento recomendado para XIMENA ALEJANDRA, hecho que se corrobora en tanto el día del procedimiento, es decir, el 06 de abril del 2010, aparece un reporte de preparación para Bypass Gástrico.

Con lo anterior concluye, que el cambio del procedimiento quirúrgico ocurrió a última hora, decisión que fue adoptada de manera unilateral por el médico Luna Jaspe: situación que configuró a todas luces una falla del servicio, en tanto el galeno no brindó información clara y oportuna a la señora XIMENE ALAJANDRA sobre el cambio del procedimiento, así como tampoco sobre la justificación y la consecuencia del mismo.

La falla del servicio referida configuró una pérdida de la oportunidad de XIMENA ALEJANDRA, en recuperar integralmente su salud y tener calidad de vida; en razón a que a la fecha de la presentación de la demanda, sigue padeciendo de dolores, cefaleas, taquicardias y de un perjuicio moral a consecuencia de esto.

En consecuencia, solicita se declare responsables a las entidades demandadas, por la falla del servicio de salud y la pérdida de la oportunidad.

6.2 Alcaldía Mayor de Bogotá – Secretaria de Salud Distrital (fls. 306-312)

Reitera todos los argumentos de defensa señalados en la contestación de la demanda; y concluye de manera general, que los actores no probaron tener legitimación en la causa; la entidad demandada carece de legitimación en la causa para responder por las pretensiones de la demanda; no fueron probados los supuestos básicos de la responsabilidad estatal de carácter subjetivo; no existe prueba de los perjuicios sufridos como consecuencia de la demora o negligencia atención médica prestada a la actora o de errores del acto médico y tampoco quedo demostrada la causa jurídica de los daños que alega la parte actora sufrir.

6.3 ESE Hospital Simón Bolívar (fls. 318-322)

Señala que con las pruebas obrantes en el proceso, se puede concluir que no existe nexo de causalidad entre el procedimiento, manejo clínico y diagnóstico brindado a la señora XIMENA ALEJANDRA con la patología presentada por ésta.

Además arguye, que del material probatorio recopilado se demuestra que la entidad de salud siempre actuó con diligencia, calidad y oportunidad; y por

ende, no se puede indicar que existió una falla del servicio de salud brindado a la señora XIMENA ALEJANDRA JIMENEZ ENCISO.

6.4 Ministerio Publico

Guardó silencio.

VII. CONSIDERACIONES

7.1 Competencia.

Este Juzgado es competente para conocer el presente asunto de acuerdo al numeral 6 del artículo 134 B del Código Contencioso Administrativo, Adicionado por el art. 42, Ley 446 de 1998, que dispone que los jueces administrativos conocen en primera instancia de reparación directa, cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales; así como por lo dispuesto en el Acuerdo No. PCSJA17-10693 del Consejo Superior de la Judicatura, el referido proceso fue remitido para proferir el respectivo fallo.

7.2 Legitimación de las partes

7.2.1 Parte demandante.

En el expediente quedó demostrado la legitimación por activa de la señora XIMENA ALEJANDRA JIMENEZ ENCISO y ROSALBA ENCISO VEGA como víctima directa, respecto a la atención en salud señalada en la demanda y confirió poder en debida forma como consta a folio 30 del expediente principal.

Respecto a la señora ROSALBA ENCISO, si bien está acreditado el vínculo de consanguinidad que la une con XIMENA ALEJANDRA JIMENEZ ENCISO, según el registro civil visto a folio 26 del cuaderno principal; el Despacho no podrá reconocerle legitimación para actuar, toda vez que no se observa dentro del expediente que haya otorgado poder para ejercer el derecho de acción.

7.2.2 Parte demandada.

La Alcaldía Mayor de Bogotá – Secretaria de Salud Distrital, está legitimada de manera formal y materialmente en el proceso, en tanto fue notificado en debida forma, dio contestación a la demanda y participó en las diferentes etapas del proceso; y no negó su participación en el trámite de autorización de la cirugía de Bypass Gástrico, el cual es objeto de cuestionamiento en la demanda.

Igualmente, el Hospital Simón Bolívar está legitimado en tanto fue notificado en debida forma, dio contestación a la demanda y participó en las diferentes etapas del proceso; además, en la historia clínica de la señora XIMENA ALEJANDRA JIMENEZ ENCISO obrante en el expediente, se observa que la referida entidad le prestó servicios médicos en los días señalados en la demanda.

7.3 Cuestión previa:

7.3.1 Excepciones planteadas.

La Alcaldía Mayor de Bogotá – Secretaria de Salud Distrital formuló, la excepción de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales, bajo los siguientes argumentos:

(...) "1). Uno de los elementos integrantes del núcleo esencial del derecho de defensa, es le consistente en la enunciación clara de los hechos y las pretensiones y la existencia de una concordancia, al menos mínima, entre ambas partes de la demanda.

2). Pues bien, en el último renglón de la primera pretensión de la demanda, con total claridad se indica que se pretende la indemnización de los perjuicios ocasionados a la actora, como consecuencia de haberle practicado el procedimiento denominado BANDA GASTRICA.

3). Pero resulta que en el hecho 8º) de la demanda, afirma la demandante que el procedimiento a ella efectuado fue otro, cuando sostiene 8º "Efectivamente el procedimiento realizado fue la manga gástrica"

4). Esa disparidad entre los hechos y las pretensiones dificulta el ejercicio del derecho de defensa de mi poderdante, lo que justifica la prosperidad de esta excepción."

Sobre el particular, el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil vigente a la fecha de los hechos, señalaba como excepciones previas las siguientes:

(...)

- 1. Falta de jurisdicción y competencia.*
- 2. Compromiso o cláusula compromisoria.*
- 3. Inexistencia del demandante o del demandado.*
- 4. Incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado.*
- 5. Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones." (Subrayado fuera del texto)*

(...)

Ahora bien, la Corte Suprema sobre el cumplimiento de los requisitos de la demanda, el 12 de octubre de 1938 (*Gaceta Judicial N° XLVIII, 483*) señaló textualmente:

(...) "1. No siempre la demanda, que es la pieza fundamental del proceso, viene revestida de la suficiente claridad y precisión. Con todo, cuando adolece de cierta vaguedad en la relación de los hechos o en la forma como quedaron concebidas las súplicas, le corresponde al fallador desentrañar la pretensión o pretensiones contenidas en el libelo, en procura de no sacrificar el derecho, puesto que no es aceptable en el campo de la hermenéutica de la demanda, como lo tiene sentando la doctrina de la Corte, que la torpe expresión de las ideas pueda ser motivo valedero para subestimar el derecho reclamado, "cuando éste alcanza a percibirse en la intención y en la exposición de ideas del demandante" (...)

Posteriormente la Corte Suprema de Justicia señaló la siguiente posición, la cual ha sido conservada hasta la fecha:

"(...) cuando la demanda genitora del proceso sea oscura, imprecisa o vaga, gravita sobre el juzgador, no una mera potestad de interpretarla, sino el deber de hacerlo, por supuesto dentro de los límites establecidos en la ley con miras a precisar sus verdaderos alcances, labor a la que sólo pueda (sic) sustraerse cuando la confusión sea de tal magnitud que, pese a sus esfuerzos, no logre desentrañar sus alcances sin alterar el contenido objetivo, pues es obvio que en tal caso, en lugar de cumplir con su cometido, estaría sustituyendo la voluntad del demandante y trocando, a su antojo, el objeto de litigio".¹

Con fundamento en lo anterior y en el caso sub judice, si bien la parte demandada tiene razón en cuanto a que en los hechos de la demanda se señalada que a la paciente se le realizó un manga gástrica, mientras que en las pretensiones señala que fue una banda gástrica; dicha circunstancia, no tiene la virtualidad de generar zonas oscuras o vagas que impidan el análisis del caso o limite las posibilidades de defensa de la entidad demandada; en tanto solo se queda en la esfera de ser una imprecisión o error de digitación por parte de la actora; circunstancia que es superada, cuando por el Despacho al interpretar manera integral el texto de la demanda concluye, que el procedimiento quirúrgico al que se refiere, es a la manga gástrica.

En consecuencia el Despacho declarará no probada la excepción de inepta demanda por falta de requisitos formales.

A su vez, y con fundamento en el señalado en el acápite anterior, el Despacho tampoco declarara probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Por otra parte, la referida entidad formuló las excepciones de falta de nexo causal, por no estarse frente a una misión esencial de la Secretaria de Salud Distrital y ausencia de pruebas de la responsabilidad; y sobre el mismo punto, el Hospital Simón Bolívar formuló las excepciones de inexistencia del nexo causal alegada de falla del servicio, inexistencia de relación de causalidad entre el acto médico y el daño causado.

¹ CSJ, Cas. Civil, sent. abr. 17/98. Exp. 4.680. M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

Para el Despacho, los anteriores planteamientos de las entidades demandadas no constituyen verdaderas excepciones, pues son argumentos de defensa, que buscan evitar la imputación del daño, pero no tienen la potencia de evitar un pronunciamiento de fondo; por tal motivo, serán objeto de análisis en la decisión de fondo, y no se hará pronunciamiento expreso en la parte resolutive demandada.

7.4 Problema Jurídico y Tesis.

Considera el Despacho, que para dar solución al caso objeto de estudio, debe absolver el siguiente problema jurídico: ¿Son responsables administrativamente LA ALCALDIA MAYOR DE BOGOTA – SECRETARIA DE SALUD DISTRITAL y EI HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR por el daño generado a XIMENA ALEJANDRA JIMENEZ ENCISO, por cuanto se le practicó la cirugía bariátrica de Manga Gástrica cuando la autorizada era la cirugía de Bypass Gástrico?

La tesis que sostendrá el Despacho, consiste en que la ALCALDIA MAYOR DE BOGOTA – SECRETARIA DE SALUD DISTRITAL y EI HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR no son responsables administrativamente, en la medida que la parte actora no demostró la existencia del daño referido.

Para esclarecer el problema jurídico, en el presente fallo se abordarán los siguientes temas; 1. Pruebas obrantes en el proceso; 2. Presupuestos de configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado; 3. Del daño y sus elementos.

7.5 De las pruebas obrantes en el proceso:

7.5.1 De la atención médica brindada a XIMENA ALEJANDRA JIMENEZ ENCISO por parte de la ESE Hospital Simón Bolívar y los trámites administrativos realizados.

Según registro de atención que se encuentra a folios 146-153 del cuaderno principal, la señora XIMENA ALEJANDRA JIMENEZ ENCISO fue atendida en el Hospital Simón Bolívar en los años 2004 y 2005 por obesidad mórbida, hipotiroidismo y cefalea migrañosa.

En el mes de junio y julio del 2009 visto a folios 128-142 del cuaderno principal, a la señora XIMENA ALEJANDRA JIMENEZ ENCISO se le realizaron exámenes de Hematología, Neumología, RX de tórax, Esofagogastroduodenoscopia y Ecografía Abdominopélvica.

Visto a folios 116-119 del cuaderno de pruebas, se observa que el 19 de octubre del 2009, se reunió la Junta Médica del Hospital Simón Bolívar y al estudiar el estado de salud de XIMENA ALEJANDRA JIMENEZ ENCISO quien

para la fecha tenía 136 kilos de peso y había sido valorada por nutricionista, medicina interna, psiquiatría y medicina laboral quien conceptuó que era pertinente realizar bypass gástrico por laparoscopia), con el objetivo de mejorar la calidad y el pronóstico de vida.

A folio 123 del cuaderno principal, se encuentra oficio de la Secretaria de Salud de la Alcaldía Mayor de Bogotá, en donde entre otros servicios, autorizó el procedimiento de bypass gástrico a XIMENA ALEJANDRA JIMENEZ ENCISO.

El 02 de febrero del 2010, en el documento denominado cotización de procedimientos visto a folios 122 del cuaderno principal, se hace referencia a la intervención quirúrgica de Manga Gástrica con un tipo de anestesia general que requiere hospitalización; así mismo, a folio 138 se observa un consentimiento informado suscrito por la señora XIMENA ALEJANDRA JIMENEZ ENCISO, en donde se indica que el procedimiento a realizar es Manga Gástrica por Laparoscopia, en donde se indican las ventajas, molestias, alternativas y riesgos específicos de la intervención como sangrado, infección, conversión de cirugía abierta y fistulas reintervenosas; sobre lo cual, la paciente autorizó realizar el procedimiento.

Igualmente, el 2 de febrero del 2010 se diligenció el formato de solicitud de sala de cirugía para la paciente XIMENA ALEJANDRA JIMENEZ ENCISO, señalándose en el nombre de la intervención: Cirugía Bariátrica – Manga Gástrica, como consta a folio 139 del cuaderno principal.

A folios 125-126 se encuentran documentos de registro de preparación del paciente para cirugía ambulatoria, en donde se señala que a XIMENA ALEJANDRA JIMENEZ ENCISO se le realizaría un procedimiento de Bypass Gástrico, el cual fue suscrito por una enfermera profesional, así como valoración por anestesiología.

A folios 81-86 y 107-112, se observa que la señora XIMENA ALEJANDRA JIMENEZ ENCISO fue intervenida quirúrgicamente para colocación de Manga Gástrica el 6 de abril del 2010 y permaneció hospitalizada hasta el 8 de abril de la misma anualidad.

Posteriormente a folios 90-96, se encuentra registro de atención a XIMENA ALEJANDRA JIMENEZ INCISO por el servicio de urgencias, en donde consultó por un dolor torácico de aparición súbita, y como antecedente refiere que se le practicó una cirugía bariátrica un año atrás, y que ha perdido 50 kilos, cefalea de alta intensidad, sin alteraciones de la visión.

A folio 56 reverso se observa que el 1 de marzo del 2012 XIMENA ALEJADRA JIMENEZ INCISO fue atendida por la médico general Consuelo Bello, quien la remite al programa de cirugía bariátrica, por cuanto hace varios meses no se ha pérdida de peso y en la actualidad pesa 170 kilos.

En el mismo folio 56 reverso, se brindó atención médica el 14 de julio del 2012 por cirugía bariátrica, en donde se consignó: *"paciente de 44 años quien*

consulta por persistencia de obesidad, se realizó el 6 de abril del 2010 Sleeve Gastrico. Peso 145 kg, peso prequirurgico 136 kg. Menor peso 86 kg. Actualmente sin manejo de nutrición pero está realizando dieta por su cuenta. Ant. Apnea del sueño... sin hipertensión no Diabetes”

El 18 de agosto del 2012 visto a folio 36, el servicio de Cirugía General le brindó atención médica a XIMENA ALEJANDRA JIMENEZ ENCISO en donde se consigna: ...*“Examen Físico: Buen Estado...Abdomen: Con gran pérdida adiposo blando, depresible, no doloroso a la palpación. Peso 126,3 kg. Talla 165 cm. IMC 46.2... Plan ss/ 1. Endoscopia Grado III. 2. Reganancia de peso. 3. Rx torax PA-Lat. 4 Ecografía abdominal total. 5. Citas con Psiquiatría – Medicina Interna – Nutrición y Neumonología.”*

A folios 48-57 se encuentra valoración médica realizada a XIMENA ALEJANDRA JIMENEZ ENCISO por el servicio de psiquiatría el 20 de septiembre de 2012; así como el 24 de septiembre de la misma anualidad por medicina interna y el 3 de octubre del 2012 fue atendida por Neumonología.

Visto a folio 46, se encuentra que el 9 de octubre del 2012, la señora XIMENA ALEJANDRA JIMENEZ ENCISO recibió atención por cirugía general, en donde se le indicó a la paciente, la necesidad de realizarle una cirugía bariátrica consistente en el bypass gástrico, procedimiento que debía ser aprobado por la Junta Médica.

7.5.2 De las decisiones judiciales adoptadas para proteger el derecho a la salud de XIMENA ALEJANDRA JIMENEZ ENCISO.

A folios 28-29 del cuaderno principal se encuentra medida provisional adoptada por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá de fecha 26 de marzo del 2010, en donde ordena a la Secretaria de Salud Distrital autorizar la cirugía bariátrica (Bypass Gástrico), la cual había sido programada para el 6 de abril del 2010.

Visto a folios 57- 66 del cuaderno principal se observa fallo del Juzgado Treinta y Uno Civil Municipal de Bogotá del 30 de julio del 2012, en donde ordena al HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR que realice todos los exámenes, valoraciones y la cirugía de bypass gástrico que había sido autorizada por la Junta Médica de dicha institución.

7.5.3 Del informe de la Asociación Colombiana de Obesidad y Cirugía Baritratrica.

A folios 300-301 del cuaderno principal se encuentra informe presentado el Presidente de la Asociación Colombiana de Obesidad y Cirugía Baritratrica – Cesar Ernesto Guevara, en donde resuelve las siguientes preguntas:

(...)

1. *Conceptuar acerca de la diferencia entre Bypass y la Banda Gástrica:*

El bypass gástrico por laparoscopia es una cirugía para pacientes con obesidad que consiste en reducir el tamaño del estómago y crear un puente entre el nuevo estomago creado y el intestino delgado, con lo cual también se disminuye la absorción de alimentos. Es actualmente una de las cirugías más realizadas para disminuir peso en el mundo entero y es considerada el "gold estándar" de la cirugía bariátrica (cirugía para pérdida de peso). La banda gástrica por laparoscopia es también una cirugía para pacientes con obesidad en donde se coloca un anillo ajustable en la parte superior del estómago para reducir el paso de la comida al resto del tracto digestivo. A diferencia del bypass gástrico por laparoscopia en la banda gástrica por laparoscopia no se realiza ninguna intervención en el intestino delgado por lo cual la absorción de alimentos permanece con alteración. En Colombia no se realiza este procedimiento hace más de 6 años por los malos resultados en pérdida de peso y las complicaciones que produjo durante el tiempo en el que fue hecha. Es una cirugía en desuso en el mundo entero.

2. *¿En qué casos se recomienda una o la otra?*

El Bypass gástrico por laparoscopia es un recomendado en la mayoría de casos de obesidad y especialmente cuando esta enfermedad se asocia a otras patologías como diabetes mellitus tipo 2, hipertensión arterial o dislipidemia.

La banda gástrica no se recomienda actualmente en ningún caso y hace más de 6 años no se coloca en Colombia.

3. *Las expectativas de cada una:*

La expectativa de pérdida de peso con un Bypass gástrico por laparoscopia es de lograr disminuir entre 70 y 80% del peso en exceso que tenga el paciente. Con una banda gástrica la expectativa de pérdida de peso es solo del 20 o el 30% del exceso de peso.

7.5.4 De los testimonios obrantes en el expediente.

En el folio 272, se encuentra testimonio rendido por MARTHA LUCIA RAMIREZ ARBELAEZ sobre la cual, se transcribirán los apartes más importantes:

(...) "PREGUNTADO: Dígame al despacho si le consta o conoce los hechos referentes a una cirugía que se le practicó a la señora XIMENA más o menos para el año 2010 en el Hospital Simón Bolívar de Bogotá. CONTESTO: Ella me comentó que la iban a hacer una cirugía, entonces se llegó el día que le hicieron la cirugía, yo fui a la clínica y la visite, y en fin entonces pero resulta que esa cirugía no le funcionó, porque no adelgazo con la cirugía que le hicieron, entonces ella se sentía muy triste y decía mire no adelgazo, deprimida debido a eso, porque tenía la esperanza de que con eso iba a adelgazar y no adelgazo." (...)

Se observa a folios 274 el testimonio rendido por MERLY PIEDAD TAPIERO; sobre la cual se transcribirán los apartes más significativos:

(...) "PREGUNTADO: Conoce usted la razón o motivo por lo que usted va a rendir el testimonio: CONTESTO: Si señora tengo conocimiento, tengo conocimiento de lo que ella me conto de la primera cirugía, de la cual hicieron un procedimiento que no era el que ella había ganado, después de esa cirugía ella no bajo de peso el que debía bajar, sigue siendo obesa, después ella demando nuevamente para que le hiciera la cirugía tal que ella había ganado que era el Bypass gástrico, hay ella bajo 35 kilos con la segunda cirugía. PREGUNTADO: Dígame al despacho lo que le conste acerca del estado del estado (sic) de la señora XIMENA porque según usted no le había realizado la cirugía que había ganado. CONTESTO: En ese entonces era una persona que poco se levantaba, permanecía acostada, era rechazada en los diferentes lugares donde ella entraba, pasaba una hoja de vida, donde iba a buscar trabajo era rechazada por el mismo peso, el estómago era demasiado implado (sic) la mayoría de alimentos que comía los trasbocaba, en la mayoría que ella trasbocaba había sangrado, el ánimo era por el piso realmente eso fue después de la primera cirugía. PREGUNTADO: Conoce usted la clase de cirugía que le hicieron la primera vez y la clase de cirugía que le realizaron la segunda vez a la señora XIMENA. CONTESTO: Si tengo conocimiento de que la primera fue la manga gástrica que se trata de reducir el estómago y la que tenía que hacer era el Bypass gástrico, que esa ya cortan el intestino delgado y lo conectan directamente con el estómago." (...)

Si bien a folios 275 y 276 del cuaderno principal se encuentra los testimonios de ROSALBA ENCISO DE JIMENEZ y XIMENA ALEJANDRA JIMENEZ ENCISO; dentro del proceso, dichas personas están reconocidas como parte actora; por lo cual, al no cumplir con la condición de ser un tercero en el objeto de la Litis como lo señala el artículo 213 y ss del Código de Procedimiento Civil, el Despacho se abstendrá de hacer una descripción de lo señalado en los referidos documentos.

7.6 De los presupuestos sobre la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado.

El artículo 90² de la C.P. constituye la cláusula general de responsabilidad contractual y extracontractual del Estado colombiano, de acuerdo con el cual, y siguiendo el modelo de la Constitución Española, acogió la Teoría del daño antijurídico, entendiéndolo no como "aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado, sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo³", siempre y cuando exista título de imputación, por acción u omisión a una autoridad pública⁴.

² El artículo 90 de la Constitución Política señala:

"El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que les sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenados el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales años, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culpable de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste"

³ Corte Constitucional. Sentencia C-333/96. Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero.

⁴ Ibidem:

"Son dos las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo del Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del año a alguna de ellas:"

En otras palabras, para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado, se deben cumplir 2 presupuestos; a saber, que el daño sea antijurídico, y que este sea imputable al Estado; en consecuencia, el Despacho hará el estudio de ambos elementos dentro del caso en concreto a fin de soportar la decisión a adoptar.

7.7 Del daño y sus características esenciales.

Sobre el daño, es pertinente referirnos al concepto dado por el Maestro Fernando Hinestrosa; en cuanto es: *“la lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrido por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que lo acongoja”*⁵

Desde los tiempos de Mazeaud se ha establecido que el daño debe estar antecedido de la existencia de un interés legítimo, o como se analiza en nuestros tiempos, que verse sobre una situación jurídicamente protegida.

*“Es un principio fundamental del derecho francés, aun cuando no esté formulado en ningún texto legal, que, para proceder judicialmente, hay que tener un interés: «Donde no hay interés, no hay acción». Una vez establecido el principio, ha surgido el esfuerzo para calificar ese interés que es necesario para dirigirse a los tribunales: debe ser cierto, debe ser personal. Pero se agrega: debe ser «legítimo y jurídicamente protegido» [...]”*⁶.

Respecto al alcance del daño, el Maestro Juan Carlos Henao señaló: *... “El daño, es entonces, el primer elemento de la responsabilidad, y de no estar presente torna inoficioso el estudio de la misma, por más que exista una falla del servicio. La razón de ser de esta lógica es simple: si una persona no ha sido dañada no tiene porqué ser favorecida con una condena que no corresponda, sino que iría a enriquecerse sin justa causa. El daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil.”*⁷

Por otra parte, sobre los elementos del daño el Consejo de Estado⁸ ha señalado: que el daño existe en la medida que cumpla varias características: que sea cierto, en esa medida no puede ser hipotético o eventual, y que sea personal, que lo haya sufrido quien manifieste un interés sobre la reparación del mismo.

Ahora bien, en el caso *sub judice* y una vez analizadas las pruebas obrantes en el expediente, el Despacho encuentra acreditado lo siguiente:

1). La señora XIOMARA ALEJANDRA JIMENEZ ENCISO sufría de obesidad mórbida, diagnosticada desde el año 2004, y debido a esto, en el año 2009 el

⁵ Derecho Civil obligaciones. Pág. 538

⁶ Lecciones de derecho civil. Parte primera. Volumen I. Introducción al estudio del derecho privado, derecho objetivo y derechos subjetivos. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, p.510.

⁷ El Daño. Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés. Universidad Externado de Colombia. Págs. 36-37.

⁸ Entre otras: Sentencia 14 de marzo del 2012. Rad. 21859 C.P. Enrique Gil Botero. Sentencia 1 de julio del 2015. Rad. 30385 C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

médico tratante del HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR, ordenó la realización de una cirugía bariátrica en la modalidad de bypass gástrico.

2). La cirugía de bypass gástrico fue aprobada por la Junta Médica del HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR el 19 de octubre del 2009; y autorizada posteriormente el 06 de noviembre de la misma anualidad por la Secretaria de Salud Distrital de la Alcaldía Mayor de Bogotá, debido a que XIOMARA ALEJANDRA JIMENEZ ENCISO era atendida en salud con cargo a los recursos del Régimen Subsidiado.

3). Si bien se había autorizado la realización de la cirugía denominada bypass gástrico XIMENA ALEJANDRA JIMENEZ ENCISO; en el mes de febrero del 2010 el HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR, generó los trámites administrativos correspondientes para realizar el procedimiento denominado Manga Gástrica; hecho que fue conocido por la paciente, en razón a que el 2 de febrero de la misma anualidad, suscribió el consentimiento informado para dicho procedimiento, en donde se le indicaron las ventajas, desventajas y riesgos propios, obteniendo como resultado la autorización del mismo.

4). La señora XIMENA ALEJANDRA JIMENEZ ENCISO presentó acción de tutela con medida provisional en contra de la Secretaria de Salud Distrital de la Alcaldía Mayor de Bogotá; por lo cual el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, al resolver la medida provisional el 26 de marzo del 2010, le ordenó a la parte accionada que autorizara la práctica de la cirugía bariátrica denominada bypass gástrico.

5). El 6 de abril del 2010, en el HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR le practicó XIMENA ALEJANDRA JIMENEZ ENCISO una cirugía bariátrica en la modalidad de Manga Gástrica y en razón a ello estuvo hospitalizada en dicha institución hasta el 8 de abril de la misma anualidad.

6). Posteriormente, la señora XIMENA ALEJANDRA JIMENEZ ENCISO fue atendida el 1 de marzo del 2012, por el médico general Consuelo Bello, quien la remitió al programa de cirugía bariátrica.

7). Debido a lo anterior, el 14 de julio del 2012 la señora XIMENA ALEJANDRA JIMENEZ ENCISO, fue atendida en el HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR por el servicio de cirugía bariátrica

8). El 30 de julio del 2012, el Juzgado Treinta y Uno Civil Municipal de Bogotá fallo una acción de tutela interpuesta por XIMENA ALEJANDRA, en donde le ordenó al HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR que realizara todos los exámenes, valoraciones y la cirugía de bypass gástrico.

9). El 18 de agosto del 2012 la señora XIMENA ALEJANDRA JIMENEZ ENCISO fue atendida en el HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR por el servicio de cirugía bariátrica; y el 9 de octubre de la misma anualidad, se le ordenó la realización de una cirugía de bypass gástrico.

10). En atención al testimonio rendido por MERLY PIEDAD TAPIERO visto a folio 274, para el momento de la declaración; es decir, el 19 de agosto del 2015, el HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR le había realizó el procedimiento quirúrgico correspondiente al bypass gástrico la señora XIMENA ALEJANDRA JIMENEZ ENCISO.

Aunado a lo anterior, es pertinente indicar que el apoderado de la parta actora en el libelo de la demanda señaló, que el daño reclamado consistía en la no realización de la cirugía de bypass gástrico XIOMARA ALEJANDRA JIMENEZ ENCISO el 6 de abril del 2010; y que debido a ello, se había generado un deterioro en su salud, por cuanto padecía de dolor en los pies, taquicardia, cefaleas extremas y la persistencia de la obesidad mórbida.

Para el Despacho, las afirmaciones referidas por la parte actora no fueron demostradas en el proceso, en razón a que no acreditó el requisito esencial para realizar un juicio de responsabilidad; es decir, la existencia del daño alegado.

Si bien, en el proceso quedó acreditado que el 6 de abril del 2010 a XIOMARA ALEJANDRA JIMENEZ ENCISO se le practicó una cirugía bariátrica consistente en la manga gástrica en el HOSPITAL SIMON BOLIVAR, cuando existía una decisión judicial que ordenaba realizarle el bypass gástrico; dicha circunstancia *per se*, no permite establecer que el daño es cierto; en cuanto, el mismo tiene relación, es con el supuesto deterioro de la salud de la señora JIMENEZ ENCISO alegado en la demanda.

Sobre lo anterior, el Despacho llama la atención a la parte actora, en cuanto se limitó a realizar afirmaciones en el libelo de la demanda, mientras que el proceso carece de pruebas respecto a las afectaciones a la salud, psicológicas y económicas sufridas por la señora XIMENA ALEJANDRA JIMENEZ ENCISO; circunstancias que impiden declarar la responsabilidad del Estado; en tanto, para que exista responsabilidad, es indispensable no solo demostrar la existencia de la lesión del derecho jurídicamente protegido; sino también, la consecuencia del mismo; es decir, en palabras del Maestro Hiestrosa "*el quebranto económico recibido, la merma patrimonial sufrido por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que lo acongoja*"; por cuanto, según la regla general lo que es objeto de reparación, es el perjuicio causado, la consecuencia no la lesión en sí misma.

Por otra parte, es importante señalar que según los documentos que hacen parte de la historia clínica, la señora XIMENA ALEJANDRA JIMENEZ ENCISO conocía desde el mes de febrero del 2010 que la cirugía a realizar el 6 de abril de la misma anualidad, no era el bypass gástrico; y aun así, dio su autorización mediante la suscripción del documento denominado consentimiento informado; soporte documental, que desvirtúa lo señalado en la demanda, respecto a que el médico tratante momentos previos a la cirugía, le había comunicó el cambio de procedimiento.

377

Aunado a lo anterior, es imperioso referir que con las pruebas obrantes en el proceso, quedó demostrado que a la señora XIMENA ALEJANDRA JIEMENEZ ENCISO se le realizó la cirugía de bypass gástrico, con posterioridad a la presentación de la demanda; hecho que evidencia, la atención continuada y el seguimiento a la evolución de la primera cirugía bariátrica por parte del HOSPITAL SIMON BOLIVAR.

En consecuencia, al no estar acreditado el primer elemento del juicio de responsabilidad del Estado; es decir, el daño; el Despacho negará las pretensiones de la demanda.

VIII. COSTAS

No se accederá a la condena en costas por cuanto no se demostró temeridad en el actuar de la partes, lo cual es requisito para su reconocimiento conforme al artículo 171 Código Contencioso Administrativo.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO ADMINISTRATIVO TRANSITORIO, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

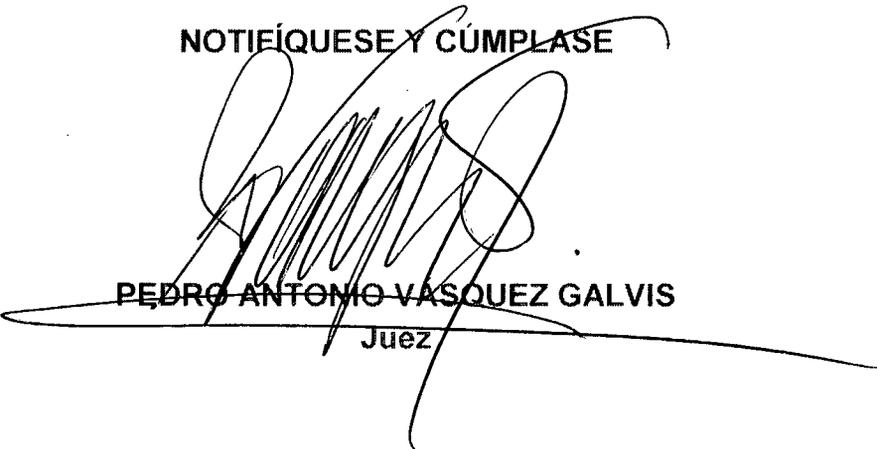
PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme a lo señalado en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Devuélvase el expediente al Despacho de origen, para el trámite procesal pertinente según lo señalado en el Acuerdo No. PCSJA17-10693 del Consejo Superior de la Judicatura.

CUARTO: En caso de no ser apelada la presente providencia, **ARCHÍVESE** el proceso, previas anotaciones secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


PEDRO ANTONIO VASQUEZ GALVIS
Juez

