|  |  |
| --- | --- |
| CIUDAD Y FECHA | **Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil dieciocho (2018)** |
| REFERENCIA | **Expediente No. 11001333603420150013400** |
| DEMANDANTE | **ISABEL CABEZA ORJUELA Y OTROS** |
| DEMANDADO | **DISTRITO DE BOGOTA D.C- SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTA Y OTROS** |
| MEDIO DE CONTROL | **REPARACION DIRECTA** |
| ASUNTO | **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA** |

Agotado el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia en el proceso de REPARACION DIRECTA iniciado ISABEL CABEZA ORJUELA,DOREY JOJANA PINEDA CABEZA, FELIPE FERNANDEZ CABEZA, FABIÁN ANDRES FERNÁNDEZ CABEZA, JOHN NICOLAS FERNANDEZ CABEZA Y MARIA ROSALBINA ORJUELA DE CABEZA contra DISTRITO DE BOGOTA D.C- SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTA – CAPRECOM EPS (hoy PAR CAPRECOM liquidado) - HOSPITAL EL TUNAL E.S.E (hoy subred integrada de servicios de salud sur ESE)

1. **ANTECEDENTES:**
   1. **La DEMANDA**
      1. **PRETENSIONES**

*“(…)* ***PRIMERA.*** *Que se declarare Administrativa y Extracontractualmente responsable a EL DISTRITO BOGOTÁ D.C, SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ, CAPRECOM, HOSPITAL EL TUNAL E.S.E, por los perjuicios ocasionados a la convocante con motivo de las lesionadas causadas por estrechez a nivel de cuerpo remanente, provocando disfagia para sólidos, lesión levada esofágica de aspecto de granuloma, angulación de segmento del cuerpo gástrico con reducción de la luz, gastritis antral eritematosa crónica, debiendo tener que practicarse con posteridad cirugía de corrección de hernia para esofágica, por el cual se ordenó mala de PHYSIOME SH y PISTOLA DE ABSORBATAC, cirugía que se llevó a cabo el día 19 de marzo del año 2014.*

***SEGUNDA.*** *Como consecuencia de lo anterior, a EL DISTRITO BOGOTÁ D.C, SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ, CAPRECOM, HOSPITAL EL TUNAL E.S.E, reconozca y acceda a pagar a favor de la convocante, su progenitora e hijos, los PERJUICIOS MORALES, PERJUICIOS MATERIALES Y DAÑO A LA SALUD, que se le ocasionaron equivalente en pesos de las siguientes cantidades de salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia:*

***PERJUICIOS MORALES***

*A. Para la señora ISABEL CABEZA ORJUELA, quien actúa en nombre propio, el equivalente a SESENTA (60) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes, a la fecha de la ejecutoria de la conciliación o el equivalente a la suma más alta que se fije al momento de la ejecutoria de conciliación, según certificación dada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DAÑE) en su calidad de víctima.*

*B. Para DOREY JOJANA PINEDA CABEZA, DANIEL FELIPE FERNÁNDEZ CABEZA, FABIÁN ANDRÉS FERNANDEZ CABEZA, JHON NICOLAS FERNANDEZ CABEZA y RICHARD EMERSON PINEDA CABEZA, hijos de la convocante, quienes actúan en nombre propio, el equivalente a CINCUENTA (50) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes para cada uno, a la fecha de la ejecutoria de la conciliación o el equivalente a la suma más alta que se fije al momento de la ejecutoria de la conciliación, según certificación dada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DAÑE) en su condición de hijos de la víctima.*

*C. Para su progenitora la señora MARIA ROSALBINA ORJUELA DE CABEZA, en su condición de madre de la convocante, el equivalente a CINCUENTA (50) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes, a la fecha de la ejecutoria de la conciliación o el equivalente a la suma más alta que se fije al momento de la ejecutoria de la conciliación, según certificación dada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DAÑE) en su condición de madre de la víctima.*

***PERJUICIOS MATERIALES***

*Sufridos por mi poderdante con motivo de sus lesiones causadas y el tiempo que perduró esperando la cirugía correctiva, así como todos aquellos gastos sufragados , teniendo en cuenta que tenía el mínimo vital, como quiera que ejercía trabajo independiente, actividad que suspendió a raíz de esta situación causada, de acuerdo a las siguientes bases de liquidación: Un salario MINIMO mensual que ganaba la convocante al momento de ser practicada la cirugía, más un veinticinco por ciento (25%) de prestaciones sociales en ambos casos. Solicito en todo caso se de aplicación a la Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, en la cual se establece que la base para liquidar los perjuicios materiales no puede ser inferior al Salario Mínimo Legal Mensual Vigente para la fecha de la conciliación definitiva.*

*De conformidad con lo anterior solicito tener en cuenta lo siguiente:*

*1. La vida probable de la víctima, según la tabla de supervivencia aprobada por la Superintendencia Financiera.*

*2. Actualizada dicha cantidad según la variación porcentual del índice de precios al consumidor existente para el mes de Octubre de 2011 y la fecha en que quede ejecutoriada la conciliación.*

*3. La fórmula de matemática financiera aceptada por el Honorable Consejo de Estado, teniendo en cuenta la indemnización de vida consolidada y la futura.*

*De lo anterior se tiene que el monto total por concepto de perjuicios materiales, para la señora ISABEL CABEZA ORJUELA es por el valor deciento diez millones doscientos nueve mil setecientos diez pesos, establecidos de la siguiente manera:*

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ***Indemnización debida:*** | ***Indemnización futura:*** | ***Total lucro cesante:*** |
| *$ 22.763.000* | *$87.446.710* | *$ 110.209.710* |

***DAÑO A LA SALUD***

*A. Para la señora ISABEL CABEZA ORJUELA, quien actúa en nombre propio, el equivalente SESENTA (60) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes, a la fecha de la ejecutoria de la conciliación o el equivalente a la suma más alta que se fije al momento de la ejecutoria de conciliación, según certificación dada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DAÑE) en su calidad de víctima.*

*B. Para DOREY JOJANA PINEDA CABEZA, DANIEL FELIPE FERNÁNDEZ CABEZA, FABIÁN ANDRÉS FERNANDEZ CABEZA, JHON NICOLAS FERNANDEZ CABEZA y RICHARD EMERSON PINEDA CABEZA, hijos de la convocante, quienes actúan en nombre propio, el equivalente a CINCUENTA (50) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes para cada uno, a la fecha de la ejecutoria de la conciliación o el equivalente a la suma más alta que se fije al momento de la ejecutoria de la conciliación, según certificación dada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DAÑE) en su condición de hijos de la víctima.*

*C. Para su progenitora, la señora MARIA ROSALBINA ORJUELA DE CABEZA, en su condición de madre de la convocante, el equivalente a CINCUENTA (50) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes, a la fecha de la ejecutoria de la conciliación o el equivalente a la suma más alta que se fije al momento de la ejecutoria de la conciliación, según certificación dada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DAÑE) en su condición de madre de la víctima.*

***ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTÍA:*** *La estimación de la cuantía es de trescientos treinta y un millones novecientos sesenta y nueve mil setecientos diez pesos M/TE ($ 331.969.710) (…)”*

* + 1. Los **HECHOS** sobre los cuales basa su petición son en síntesis los siguientes:
       1. La señora ISABEL CABEZA ORJUELA nació el día 21 de junio de 1960; es madre de DOREY JOJANA PINEDA CABEZA, FELIPE FERNÁNDEZ CABEZA, FABIÁN ANDRÉS FERNANDEZ CABEZA, JHON NICOLAS FERNANDEZ CABEZA, RICHARD EMERSON PINEDA CABEZA, y en la actualidad convive con su progenitura la señora MARIA ROSALBINA ORJUELA DE CABEZA
       2. La señora ISABEL CABEZA ORJUELA se encuentra afiliada a CAPRECOM, clasificada en nivel 1 de SISBEN, estratificada 2; se desempeñó hasta el día de los hechos como vendedora informal, habiendo sido diagnosticada por OBESIDAD MORBIDA POR MANGA GASTRICA.
       3. Dentro del desarrollo de la enfermedad le fue practicada cirugía de MANGA GASTRICA POR LAPARASCOPIA el día 25 de octubre de 2011 por el Hospital El Tunal E.S.E. nivel III, evidenciándose posteriormente por GASTRO MEDICALL por diagnostico endoscópico una LESION ELEVADA ESOFAGICA DE ASPECTO GRANULOMA CON ANGULACION DE SEGMENTO DEL CUERPO GASTRICO CON REDUCCION DE LA LUZ Y GASTRITIS ANTRAL ERITEMATOSA CRONICA.
       4. Mediante prescripción médica realizada el 25 de octubre de 2012 por el doctor ALVARO TRIANA, en su condición de Médico Internista de la ASOCIACION COLOMBIANA DE DIABETES con orden dirigida a su EPS, determinó: *"... la señora ISABEL CABEZA ORJUELA está presentando problemas relacionados con la cirugía bariatrica que se le realizó como son: vómitos cuando ingiere sólido, reflujo G.E II. III esporádico y síntomas de hipoglicemia con alteraciones en piel y jaquecas por baja ingesta, habiéndose logrado el propósito inicial de reducción de peso de 91 kilos a 60.8 k (aprox. 30 libras de reducción) debe contemplarse la posibilidad la posibilidad de retirar la manga gástrica y reeducar en nutrición adecuada..."*
       5. Se instauró acción de tutela el 8 de mayo de 2013 en contra de CAPRECOM EPSS, SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD y HOSPITAL EL TUNAL E.S.E , con el fin de que se le garantizara el derecho fundamental a la salud y a su mínimo vital, toda vez que durante más de un año permaneció en espera para la autorización de procedimiento de corrección de cirugía, como quiera que fue sometida a largas dilaciones injustificadas que interrumpieron en su momento cualquier tipo de atención integral y la continuidad del tratamiento que estaba recibiendo, exponiéndola a un perjuicio inminente para su vida, dado a que esa cirugía le permitirá una vida en mejor en condiciones dignas.
       6. De esta manera, sus derechos fundamentales fueron tutelados mediante sendos fallos proferidos por el Juzgado Octavo Penal Municipal con Función de Conocimiento en Primera instancia, y por el Juzgado 22 Penal del circuito con función de conocimiento, en segunda instancia, ambos despachos judiciales le hallaron la razón a la convocante frente a la mala atención por parte de las entidades accionadas y en relación con la necesidad de que su enfermedad fuese atendida de forma integral, oportuna y eficaz. Por virtud de la anterior se realizó el examen de dilatación con balón neumático de acalasia, procedimiento que había sido autorizado desde el 10 de enero de 2013 y que no había podido realizarse por barreras de tipo administrativo que no debía asumir la convocante.
       7. Se determinó mediante historia clínica registrada el 26 de agosto de 2013 por el HOSPITAL EL TUNAL E.S.E de esta ciudad que la paciente hace 20 meses presentaba episodios eméticos a repetición intolerancia a sólidos, con estudios de vías digestivas hernia para esofágica, con manejo con dilataciones neumáticas con balón persistiendo con emesis, evidenciando un sangrado uterino anormal producto de una urgencia atendida.
       8. Mediante autorización de servicios NUA 7791345 del 1 de marzo de 2013, emitida por la EPS CAPRECOM se otorgó la realización de la dilatación de esófago sod.
       9. Con autorización de servicios nua 11380409 del 20 de enero de 2014 emitida por la EPS CAPRECOM se determinó la realización de la reparación de hernia diafragmática vía abdominal sod malla physomesh 15 x 15 cm pistola absorbatack en cumplimiento al fallo de tutela 2013-00052.
       10. La cirugía fue realizada el 20 de marzo del año 2014 por el HOSPITAL EL TUNAL E.S.E..
       11. En la actualidad la señora CABEZA ORJUELA aun continua padeciendo mareos, intolerancia de alimentos sólidos, el estado de ánimo es cada vez peor, no volvió a realizar sus actividades cotidianas normales; máxime que desde que presentó sus problemas de salud, y ante la necesidad de ser practicada su cirugía de corrección, no volvió a trabajar, debiendo depender económicamente de sus familiares. De esta manera, la negligencia frente a CAPRECOM EPS se sigue manteniendo dado a que los mencionados y necesarios controles no se han efectuado debidamente como quiera que el convenio con el HOSPITAL EL TUNAL E.S.E. se terminó, generando a su vez la interrupción en el tratamiento médico, causando aún más un detrimento a su salud que no termina.
  1. **La CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**
     1. El apoderado del demandado **DISTRITO CAPITAL - SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD** se opuso a la prosperidad de las pretensiones en los siguientes términos

*“(…)Me opongo a todas y a cada una de las pretensiones invocadas por los demandantes, como a las declaraciones y condenas que los actores solicitan se dicten en contra de la SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD, por cuanto los hechos materia del presente medio de control, no están demostrados ni configurados en cabeza del ente territorial, ya que no somos prestadores de servicios de salud, razones que expondré en este escrito e igualmente solicito se declare las excepciones que en el aparte respectivo propondré y demostraré. (…)”*

Propuso como **excepciones** las siguientes:

|  |  |
| --- | --- |
| *INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION -SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD, RESPECTO DEL DAÑO ANTIJURIDICO Y DEL PERJUICIO Y DAÑO ADUCIDO POR EL DEMANDANTE* | *Como lo ha sostenido el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia, para que se configure la responsabilidad administrativa no solo es indispensable que se demuestre la culpa en cualquiera de sus modalidades y un daño reparable, sino que además es indispensable que esa culpa se concrete en el daño a través de un nexo causal inquebrantable, y la forma de unir de manera inquebrantable la culpa y el daño es la noción de "Causa eficiente" vale decir que es indispensable para demostrar el nexo causal entre la culpa y daño establecer fehacientemente que el daño fue producido de la culpa administrativa como causa única y eficiente en la realización del resultado. Es decir que la culpa se realizó en el daño como su causa eficiente.* |
| *INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA ATRIBUIBLE A LA SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD.* | *No basta con acreditar una omisión en abstracto, en tratándose de la actividad médica, sino por el contrario, la importancia de la prueba que permita inferir visos de realidad, es decir que la conducta asumida por el médico o ente hospitalario, deviene de una causa regular y adecuada de la consecuencia o evento dañino que se materializa, en el caso concreto que nos ocupa en el presente asunto.* |
| *DE LA EXCEPCION DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA* | *El Distrito Capital Alcaldía Mayor de Bogotá D.C ni la Secretaría Distrital de Salud son los sujetos pasivos de la presente acción por tratarse de entidades que no tienen ninguna relación material con los hechos objeto de la presente demanda, ni contractual que pueda derivarse o relacionarse con los mismos y con el presente litigio, razones por la cuales no puede ser llamada como sujeto pasivo dentro del mismo, por cuanto no existe una conexión entre los hechos alegados y mi representada, por lo tanto no goza de la capacidad para ser parte.* |

* + 1. El apoderado del **HOSPITAL DEL TUNAL (hoy subred integrada de servicios de salud sur ESE)** se opuso a la prosperidad de las pretensiones en los siguientes términos

*“(…) Como representante judicial de la entidad demandada me opongo a cada una y a la totalidad de las pretensiones propuestas por el demandante, y a los perjuicios materiales como morales, reclamados por la actora. (…)”*

Propuso como **excepciones** las siguientes:

|  |  |
| --- | --- |
| **EXCEPCIONES** | |
| FALTA DE LEGITIMIDAD DE LA CAUSA POR PASIVA | El HOSPITAL EL TUNAL III NIVEL ESE, *no es el llamado a demandarse, por cuanto no es responsable de ninguna forma en falla del servicio, en virtud a que la atención médica que le ofreció a la señora ISABEL CABEZA ORJUELA, fue eficiente y oportuna, pues la intervención quirúrgica que se le practicó no tuvo complicación alguna, la entidad que represento realizo los procedimientos que requería la usuaria acatando los protocolos exigidos por las normas de salud.*  *De otra parte no existe evidencia contundente de que las molestias que afirma la demandante padecieron posteriormente a la intervención quirúrgica, se las haya ocasionado la cirugía por laparoscopia manga gástrica que le fuera practicada en el Hospital Tunal del D.C.*  *De otra parte no se le puede indilgar responsabilidad al hospital Tunal III NIVEL, por el estado de salud de la usuaria, dado que no depende de este, la autorización de los servicios médicos, más aun cuando afirma que la EPSS CAPRECOM, no tenía convenio con mi representado.*  *Señor juez téngase en cuenta que al tenor de El Decreto 019 de 2012 expedido por el Presidente de la República reglamenta lo relacionado con la autorización de servicios la cual no podrá exceder de cinco (5) días hábiles contados a partir de la solicitud de autorización y el incumplimiento le acarreara las sanciones previstas en la ley. A continuación me permito transcribir el presupuesto normativo en este sentido.* |
| AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD | *No se encuentra probada la presunta responsabilidad o negligencia por parte del Hospital Tunal, en razón a que la atención dada se prestó dentro de la oportunidad y pertinencia igualmente las obligaciones de los médicos son de medio y no de resultado, por lo tanto y en gracia de discusión si la usuaria sufrió un daño posterior a la cirugía de Manga Gástrica por Laparoscopia, no se ha demostrado la participación negligente y descuidada de los médicos que adelantaron el procedimiento quirúrgico.*  *Por tanto los sucesos narrados y el supuesto origen del deterioro en la salud de la paciente no obedecen a un mal procedimiento o falla del servicio.* |
| AUSENCIA NEXO CAUSAL ENTRE LA ATENCION DADA POR EL HOSPITAL DE USME I NIVEL ESE Y EL DAÑO OCACIONADO A LA PACIENTE. | *Como bien es sabido y de acuerdo los pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales del Consejo de Estado, para que se configure la responsabilidad del Estado debe cumplirse tres elementos estructurales; Hecho culposo, daño sufrido y nexo Causal entre ambos, presupuestos que no se configuran en la demanda y las pruebas presentadas, por cuanto como ya se dijo con anterioridad el Hospital presto sus servicios debidamente en la atención y estabilización del paciente y por tanto no puede responsabilizarse del fallecimiento del menor, considerando según los hechos narrados por el demandante el cual traduce el estado de empeoramiento del paciente producido en otros entes prestadores de salud de mayor nivel y también teniendo en cuenta la complejidad en su patología. El Hospital de Usme atendiendo a su naturaleza jurídica y su objetivo misional, solamente se circunscribe a la atención primaria en salud.* |

* + 1. El apoderado de **CAPRECOM E.P.S. (hoy PAR CAPRECOM liquidado)** se opuso a la prosperidad de las pretensiones en los siguientes términos

*“(…) Me opongo a que prosperen todas y cada una de las pretensiones declarativas y condenatorias propuestas, por carecer de sustento factico y legal (…)”*

Propuso como **excepciones** las siguientes:

|  |  |
| --- | --- |
| **EXCEPCIONES** | |
| ***INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*** | *Queda demostrada con la presente que Caprecom como eps~s actuó dentro de las responsabilidades de su competencia, esto es, las que legalmente tiene conferidas como EPS-s entre estas se demostró que autorizo los servicios, tratamientos y medicamentos diagnosticados por los médicos tratantes de las IPS's de la red de servicios y teniendo en cuenta que la dirección del tratamiento esta en cabeza del médico tratante y la práctica de la cirugía y sus consecuencias fueron advertidas al aquí demandante.*  *Al no estar probadas la falla del servicio en cuanto a que CAPRECOM a la fecha autorizó y prestó los servicios médicos y de atención diagnosticados por los médicos tratantes en las diferentes IPS's en que se realizó la atención clínica de la red de servicios de Caprecom e inclusive los NO POS, no se puede endilgar responsabilidad; máxime cuando las Ips y los médicos tratantes tienen la dirección médica del tratamiento.*  *Por lo anterior solicitamos se desvincule a Caprecom en liquidación y si es del caso se continúe el proceso con los que se considere pertinentes.* |
| ***CAUSA AJENA:*** | *Teniendo en cuenta que efectivamente se prestó el servicio tal como obra en la historia clínica y como lo consagran las obligaciones legales para las prestadoras de servicios de salud, y que las condiciones de salud de la demandante no se encuentra probado; No es posible evidenciar el nexo causal entre el daño presuntamente causado y la prestación del servicio médico; solicito se decrete para Caprecom EICE en liquidación la presente excepción y se desvincule del presente proceso.* |
| ***CADUCIDAD DE LA ACCIÓN*** | *Teniendo En cuenta que la demanda ha sido presentada por fuera del término de los dos (2) años a partir de la ocurrencia del hecho consagrado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por cuanto solicito respetuosamente la improcedencia de la presente acción tal y como lo dispone el artículo 164 de la referencia.* |
| ***INNOMINADA*** | *Las demás, que se encuentren probadas su señoría, conforme al artículo 306 del CPC, y sean declaradas de oficio.* |

* 1. **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**
     1. La apoderada de la **PARTE DEMANDANTE** señala:

*“(…) En el libelo demanda la señora ISABEL CABEZA ORJUELA quien le fue realizada cirugía el día 25 de octubre de 2011, posteriormente presentando severos dolores y malestares en su organismo. Luego, el 25 de abril de 2012 se le realizó examen particular de esofagogastroduodenoscopia, practicado por Gastromedicall, se le transmitió mediante resultado "...* lesión elevada esofágica de aspecto de granuloma, angulación de segmento del cuerpo gástrico con reducción de la luz, gastritis antral eritematosa crónica...", *que mucho tiempo después mediante concepto médico de la Asociación Colombiana de Diabetes se estableció la necesidad de que se le practicase una corrección de cirugía, lo que evidencia aquí la responsabilidad del HOSPITAL EL TUNAL E.S.E. frente a la cirugía realizada en sus instalaciones el día 25 de octubre de 2011, tal situación se puede colegir de la lectura detallada de su historia clínica, tomándose aquí como prueba indiciaria importante[[1]](#footnote-1), la cual refleja de igual manera el diagnóstico tardío para la realización de dicho procedimiento, el cual expuso seriamente la vida de la convocante, toda vez que durante 30 meses debió soportar fuertes dolores, vómitos, no administración de alimentos sólidos, mareos, situaciones juntas que la obligaron a interrumpir sus actividades diarias, comprometiendo su actividad laboral independiente, sumiéndola a una penosa situación individual y familiar, acarreando condiciones morales de gran magnitud que influyeron significativamente en la relación con su núcleo familiar más cercano, yace porque debían estar pendiente de ella en todos aquellos síntomas y consecuencias de salud que la vinieron a perjudicar durante aproximadamente 30 meses, causándole ansiedad, congoja y estados cambiantes de ánimo, como quedó comprobado con los testimonios de los galenos Alvaro Triana y Camilo Ortiz Silva.*

*ELEMENTO GENERADOR DEL DAÑO:De acuerdo con nuestra jurisprudencia, tenemos que el daño es el primer elemento de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, como la responsabilidad derivada del Estado, siendo esta última a estudiar para el**presente asunto. Por otra parte, tenemos que se ha reconocido la antijuridicidad del daño a la luz del artículo 90 de nuestra Carta Política, así:*

*"ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos Que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.*

*En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste". (Negrillas y subrayas fuera del texto)*

*Se debe tener en cuenta que el nexo causal que aquí se establece se encuentra precisamente en las distintas situaciones que cada una de las aquí entidades demandadas ha debido prodigar en su responsabilidad, como quiera que frente al HOSPITAL EL TUNAL E.S.E., le fue practicada a mi poderdante una cirugía el día 25 de octubre de 2011, causándole problemas en su organismo, y que más adelante por los mismos le fuera diagnosticado por una institución particular unas consecuencias presentes en su cuerpo, las cuales permitieron determinar la necesidad de ser practicada otra cirugía y que en la actualidad tiene programada una tercera cirugía para lo cual se evidencia la mala fe por parte del Hospital el Tunal al no allegar la historia clínica en su integridad ya que la aportan al plenario es la misma que se allego con la presentación de la demanda, así mismo como se evidencia en la historia clínica de la paciente "llámese cirugía correctiva" , que ya de por si implica una situación a la cual debía corregirse de forma prioritaria, demostrándose que por estas circunstancias acarreadas en el organismo de mi poderdante, dada la falla del servicio que se endilga a la institución prestadora de salud, que hoy por hoy le ha restado las posibilidades de curarse persistiendo esos síntomas que la han atormentado por años.*

*Por otra parte el Consejo de Estado, sección tercera, ha sostenido en varias oportunidades que:*

*"Respecto del régimen de responsabilidad aplicable en los casos en que se cuestiona la atención médica suministrada a un paciente, ha evolucionado de manera ostensible. Inicialmente, utilizó el enfoque según el cual, era menester probar la falla del servicio sobre la base de que la prestación del servicio médico asistencia! contenía, en sí mismo, una obligación de medio y no de resultado. Dicha tendencia fue revaluada planteándose que lo que se configuraba era un régimen de falla por inferencia, para lo cual bastaba acreditar las circunstancias que rodearon el caso de las cuales se pudiera deducir el resultado dañino bajo el cual, era suficiente la demostración del daño y del nexo causal, para que se configurara la responsabilidad de la administración misma que solo podía exonerarse demostrando, que había actuado con total diligencia. La anterior tendencia, fue sustituida por la que se denominó régimen de falla presunta., bajo el cual, bastaba la demostración del daño y del nexo causal, para que se configurara la responsabilidad de la administración; la que solo podía exonerarse demostrando, a su vez, que actuó con entera diligencia; más adelante, esta última* orientación se convirtió en la teoría de la inversión de la carga probatoria, la cual, colocó en cabeza de los profesionales de la medicina y de los establecimientos que brindan atención médica, el deber de demostrar los procedimientos aplicados y su idoneidad, dado su alto contenido técnico y científico, los cuales, por su especialidad y complejidad, resultarían muy difíciles de probar para los demandantes.

Sin embargo, tiempo después, tal lineamiento jurisprudencial fue sustituido por la teoría de la carpa dinámica de la prueba, conforme a la cual corresponde a la parte que se encuentra en capacidad de demostrar los hechos que fundamentan su pretensión, el aportar las pruebas que tenga en su poder; tal teoría parte de la consideración de que en algunos eventos, a pesar de la especialidad de las ciencias médicas, la parte actora, podría estar en capacidad o contar con los medios para demostrar que la prestación del servicio médico fue deficiente, y que como consecuencia de ello, se le ocasionó un daño antijurídico susceptible de indemnización, lo que supone que no necesariamente, en todos los casos, opera la inversión de las cargas probatorias, pues existen eventos en los cuales la parte demandante posee medios para demostrar sus afirmaciones".

Es de lo anterior, que el comportamiento del médico y de la institución prestadora del servicio debe juzgarse por responsabilidad. Ahora, la responsabilidad endilgada por la nula prestación del servicio médico se viene a agravar aún más por la negligencia vista sobre CAPRECOM, como quiera que de la misma acción de tutela se estableció su responsabilidad frente a la expedición de las autorizaciones que conducirían a la práctica correctiva de la cirugía que había quedado mal elaborada. Entonces, de tales circunstancias, sobresale su responsabilidad, como quiera que de la falla del servicio también prodigada, se derivó una vulneración a sus derechos fundamentales, exponiéndola incluso a un riesgo para su vida, así como generando una prestación deficiente del servicio de salud.

Teniendo en cuenta el nexo causal en el caso particular que ha generado los problemas de salud que agobian a mi poderdante, una vez resuelto el diagnóstico por el Doctor CAMILO ORTIZ SILVA en su condición de cirujano general del HOSPITAL EL TUNAL E.S.E, se correspondió a tramitarse la debida autorización para el procedimiento dilatación con balón neumático de acalacía para dilatar estrechez por vía endoscópica, procedimiento quirúrgico que debía mejorar sus condiciones de vida, como quiera que con ello se iría a establecer la necesidad de practicarse de nuevo cirugía correctiva, situación que no se dio en su momento por voluntad propia del centro hospitalario, puesto que se vio avocada la aquí convocante a recurrir a acción de tutela para que se le autorizara el procedimiento a efectuar, toda vez que CAPRECOM EPS dilató injustificadamente por fallas administrativas, desde primer concepto médico la cirugía, ya que el HOSPITAL TUNAL E.S.E. ordenaba los procedimientos pero CAPRECOM EPS no autorizaba.

Así las cosas, la convocante aquí aludida durante el tiempo de espera para que le practicaran el procedimiento que finalmente y "aparentemente " ha puesto fin a su situación penosa de salud, luego de verse avocada a cuanta dilación y traba administrativa entre la EPS y la IPS, y/o aquellas conjeturas médicas que pudieron haberse presentado en su momento para la viabilidad de la misma, so pena de no verse cumplido un fallo judicial que en su momento fue atendido para proteger sus derechos fundamentales, ha debido afrontar serios perjuicios de carácter material que incidieron en su vida cotidiana, toda vez que es una mujer que vive de la actividad informal, que incide en los ingresos de su núcleo familiar conformado por demás, sus hijos DOREY JOJANA PINEDA CABEZA, DANIEL FELIPE FERNÁNDEZ CABEZA, FABIÁN ANDRÉS FERNANDEZ CABEZA, JHON NICOLAS FERNANDEZ CABEZA, RICHARD EMERSON PINEDA CABEZA y su progenitura MARIA ROSALBINA ORJUELA DE CABEZA, que al verse sometida a un doblegamiento físico no tuvo más que esperar que en algún momento la IPS le ofreciera una solución a lo que de forma presunta no se hizo en su momento, y que se puede evidenciar por la corrección que años posteriores debió efectuar, corrección que si se hubiese dado de forma diligente y eficaz, mediante revisiones médicas constantes, controles y exámenes que revisten el cubrimiento integral de cualquier tratamiento postoperatorio, otra hubiese sido la situación de la misma, máxime que es una persona de 57 años que ha debido resistir tanto tiempo a cargas injustas ofrecidas por el sistema de salud de nuestro país. No en vano, el día 25 de octubre de 2012 la asociación Colombiana de Diabetes, dicha institución irrumpe la situación de incertidumbre en que se mantenía para terminar convenciéndola que algo no estaba ocurriendo bien en su organismo, producto de una cirugía que no se realizó debidamente y que al contrario de lo que se esperaba, le contrajo consecuencias físicas que la expusieron a un riesgo inminente y perjudicaron gravemente su salud, tanto así que en la actualidad padece de gastritis crónica y aún persisten las molestias al ingerir alimentos sólidos ya que el cuerpo no los tolera.

Lo anterior se corrobora con la declaración hecha por el dr Alvaro Triana, quien dentro de sus conocimientos expresos y directos sobre la paciente( finalmente no sólo fue su médico tratante externo sino también quien advirtió de las situaciones que la estaban afectando), quien sostuvo ante el despacho sobre la anormalidad del procedimiento efectuado, a tal punto que no quepa la menor duda que alrededor de todo el tratamiento de la señora Isabel, hoy por hoy afectada con sus dolencias, no es lógico seguir señalando que la presencia de toda una sintomatología que la viene afectando simplemente es un acto o una situación normal que es consecuencia de ese tipo de procedimientos máxime que la han venido afectando a tal punto que su vida normal ya no es la misma, por lo que no se podría invocar una normalidad de algo que va a padecer toda su vida y que le ha generado toda una serie de disminuciones en sus ámbitos de vida: salud, daños en su relación con su entorno familiar, social e individualidad.No es claro que en los dictámenes médicos realizados tanto de medicina legal como de la Asociación Colombiana de Cirugía Bariátrica se mantenga la incertidumbre sobre si hubo o no una falla, pues si bien en el primero se predica una serie de circunstancias que recurrieron a un análisis, este finalmente no fue totalmente concluido a tal punto que se debió recurrir a algo mas especializado para así determinarlo, por lo que con el otro dictamen el panorama tampoco se despeja porque si bien exonera o no una falla dentro del procedimiento inicíalmente realizado, este dictamen no es claro en advertir la presencia de situaciones completas que se resaltan en la historia clínica, por otro lado, historia que no ha sido detallada completamente dado a que al despacho y al a directamente afectada no se la han dado de forma completa, razón para concluir que dichos dictámenes no han determinado de forma fehaciente una situación de hecho que hoy afecta a mi poderdante y que invita al despacho a poner en duda toda una situación que debió preverse en algún momento frente a sus complejidades médicas, que no han cesado por fallas que precisamente en la parte medica ni se previeron y que hoy le han quitado la oportunidad de gozar buena salud y una buena calidad de vida.

Así las cosas y como se evidencia en el dictamen rendido por el Dr. Rami Mikler se puede destacar que si bien el procedimiento fue el adecuado y se logró el resultado de bajar de peso, aún la paciente no tolera la dieta sólida como debería ser y aún no se ha investigado por parte del Galeno Ortíz Silva por qué dichos perjuicios se siguen produciendo.

De esta forma, toda esta situación igualmente contrajo consecuencias de carácter moral como lo manifestaron los galenos que intervinieron en el proceso, como quiera que esos perjuicios causados la desmotivaron enormemente, reduciéndola en su estado anímico, pues al no poder ingerir alimentos de manera normal, la angustia y la preocupación se fueron acrecentando con el paso del tiempo, sin contar con la demás sintomatología que aceleró cualquier avance de la patología sufrida, ya que al verse así su sentido anímico revirtió en otros sistemas vitales, afectando seriamente su integridad a tal punto que no sabía qué hacer con su vida. Esto mismo, repercutió en su círculo cercano, pues al compartir bajo un mismo techo con su familia (madre, hijos y nietos), la angustia se fue apoderando de todos influyendo cualquier situación cotidiana y produciendo un daño en la relación familiar, máxime ante la impotencia del desconocimiento y causas de su afección, la demora institucional para tomar las correcciones prescritas y la consolidación de órdenes judiciales que de forma absurda se produjeron en el tiempo sin razón y conocimiento alguno. Esto sin contar que aún persisten síntomas malsanos que forman parte de su cotidianidad dado a que ya no cuenta con las mismas condiciones físicas para ingerir alimentos e interrupción de sus actividades cotidianas, le han impreso una depresión y bajo estado de ánimo que hasta la fecha no ha cesado.

Al respecto, es importante cómo el Consejo de Estado se ha referido a los perjuicios morales, así: "... En relación con el perjuicio moral ha reiterado la jurisprudencia de la Corporación que la indemnización que se reconoce a quienes sufren un daño moral calificado como antijurídico tiene una función básicamente satisfactoria y no reparatoria y que los medios de prueba que para el efecto se alleguen al proceso pueden demostrar su existencia pero no una medida patrimonial exacta frente al dolor, por lo que corresponde al juez tasar discrecionalmente la cuantía de su reparación, teniendo en cuenta la gravedad del daño causado al demandante. La magnitud del dolor puede ser apreciada sin duda por sus manifestaciones externas y por esto se admite para su demostración cualquier tipo de prueba; debe entenderse, entonces, que los medios de prueba que para el efecto se alleguen al proceso, sirven para demostrar la existencia de la afectación, pero en ninguna forma constituyen una medida del dolor que de forma exacta pueda adoptarse, por ello la jurisprudencia ha establecido que con fundamento en dichas pruebas, corresponde al juez tasar de forma discrecional, que no arbitraria, el valor de tal reparación. Ha dicho la Corporación, que respecto de los perjuicios morales el pretium doloris, se determina conforme al prudente arbitrio de los jueces. Se ha establecido con claridad que si bien esta Corporación ha señalado pautas a los Tribunales para facilitar la tarea de determinar el perjuicio moral, aquéllas no son obligatorias. Igualmente se ha determinado que viene a ser razonable que el juez ejerza su prudente arbitrio al estimar el monto de la compensación por el perjuicio moral y que para el efecto, han de tenerse en consideración los lineamientos expresados en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, en virtud de los cuales, dentro de los procesos contencioso administrativos: "la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad.

Es así que al respecto se recoge lo que jurisprudencialmente se ha señalado sobre la pérdida de oportunidad que en en fallo del Tribunal Administrativo de Casanare a través de sentencia 2011-0201 del 7 de septiembre de 2017 que señala lo siguiente:

"4.1 Marco teórico. Pérdida de oportunidad: daño autónomo en eventos médico asistenciales. Técnica de reparación.

4.1.1 En fallos recientes esta Corporación ha tendido hacia la sistematización de una teoría de la pérdida de oportunidad, tanto como título de Imputación en sede causal como de daño autónomo derivado de la omisión de oportuna remisión al servicio de referencia que corresponda. Al respecto se ha dicho:

4.3.3 La pérdida de oportunidad tiene la doble connotación anunciada: daño autónomo,

pero también técnica de imputación, como una variante de la falla del servicio que se pondera en sede de nexo causal, cuando no exista certeza en torno a la relación entre la actividad médico asistencial y el daño a la sa/ud-para el caso - o respecto de la probabilidad razonable de haberse logrado el resultado esperado desde la arista positiva - curación sin secuelas -. El Consejo de Estado ha precisado la segunda opción así:

Así las cosas, en tratándose de la pérdida de la oportunidad, se deben precisar algunos aspectos sobre el tema, a efectos de garantizar su correcta aplicación. Tales precisiones son las siguientes:

a) La pérdida de la oportunidad es un concepto jurídico que permite definir problemas de imputación, en aquellos eventos en que no existe prueba suficiente del nexo causal que define una determinada relación causa - efecto. En consecuencia, el análisis de esta figura debe realizarse en sede de la imputación fáctica.

b) La figura tiene aplicación en aquellas situaciones en que existe duda o incertidumbre en el nexo causal, de tal forma que el grado de probabilidad oscile en un margen entre el 1% y el 99% de que un daño sea el producto de una causa específica, siempre que el porcentaje, sin importar el quantum, constituya una oportunidad sustancial de alcanzar un resultado más favorable.

Si el juez no tiene inquietudes frente al nexo causal que sirve de soporte a la imputación táctica y jurídica del resultado, no existe razón o justificación para hablar de pérdida de oportunidad, por cuanto como tal no se presentó esta circunstancia, sino que, lo que acaeció es una de dos hipótesis: i) que materialmente no se puede atribuir el resultado en un 100%, en cuyo caso habrá que absolver al demandado o, ii) que material y jurídicamente se atribuya el resultado al demandado de manera plena, en cuyo caso la imputación no estará basada en la probabilidad sino en la certeza, por ende, el daño será en un 100% endilgable a la conducta de determinada conducta estatal.

Comoquiera que el análisis de la pérdida de la oportunidad se efectúa en la instancia del estudio del nexo causal -como presupuesto de la imputación táctica u objetiva del daño-5, la función del operador judicial en estos eventos, es la de apoyarse en las pruebas científicas y técnicas aportadas al proceso para aproximarse al porcentaje de probabilidad sobre el cual se debe establecer el grado de la pérdida de la oportunidad de recuperación y, consecuencialmente, el impacto de tal valor en el monto a indemnizar, pues que como ya se analizó, el perjuicio no puede ser total ante la falta de certeza.

"... Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado. En primer lugar, para determinar si se está en presencia de un daño de pérdida de oportunidad, es necesario establecer pue, en efecto, el titular de la expectativa legítima se encontraba, para el momento en que ocurre el hecho dañino, en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de evitar un perjuicio indeseado. La oportunidad debe encontrarse en un espacio caracterizado por no existir certeza de que su resultado habría beneficiado a su titular, pero tampoco en el que sólo exista ¡a conjetura de una mera expectativa de realización o evitación. Si se tiene certeza sobre la materialización del resultado final, no es posible hablar del daño consistente en la pérdida de oportunidad sino de la privación de un beneficio cierto, o si se trata de una mera conjetura o ilusión, tampoco habría tugara la configuración de una oportunidad por no tener la intensidad suficiente para convertirse en una probabilidad razonable de alcanzarse o evitarse. Así, el requisito de la "aleatoriedad" del resultado esperado tiene enormes incidencias en el plano de la Indemnización, ya que si se trata de la infracción a un derecho cierto que iba a ingresar al patrimonio de la víctima o frente al cual se debía evitar un menoscabo, su indemnización sería total, mientras que sí el truncamiento es solo respecto de la expectativa cierta y razonable de alcanzar o evitar un resultado final, la posibilidad truncada sería indemnizada en menor proporción.

15.4. Certeza de la existencia de una oportunidad. En segundo lugar se debe constatar que, en efecto, existía una oportunidad que se perdió. La expectativa legítima debe acreditar 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 incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondientes.

15.5. Pérdida definitiva de la oportunidad. En tercer lugar se debe acreditar la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento. Es indispensable que se tenga la certeza de que la posibilidad de acceder al beneficio o evitar el perjuicio fue arrancada definitivamente del patrimonio -material o inmaterial- del individuo tornándola en inexistente, porque si el beneficio final o el perjuicio eludido aún pendiera de la realización de una condición futura que conduzca a obtenerlo o a evitarlo, no sería posible afirmar que la oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún lograda o evitada y, por ende, se trataría de un daño hipotético o eventual; dicho de otro modo, si bien se mantiene incólume la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir el beneficio o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido de modo irreversible, en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el "chance" aún no estaría perdido y, entonces, no habría nada por indemnizar..."

Finalmente, el Consejo de Estado en la sentencia anteriormente referenciada, consideró que la pérdida de la oportunidad se presenta bajo dos supuestos, positivo o negativo. El primero cuando la víctima tiene la expectativa legítima de recibir un beneficio o adquirir un derecho, pero por la conducta de un tercero se frustra definitivamente la esperanza de concreción. Negativa, cuando la víctima está sumergida en un curso causal desfavorable y tiene la expectativa que por la intervención de un tercero se ew'fe o eluda un perjuicio, pero que en razón de la omisión o de la intervención defectuosa de dicho tercero, el resultado dañoso se produce y la víctima padece el perjuicio indeseado En materia médica los supuestos de daño por pérdida de oportunidad en su perspectiva negativa se suelen presentar, de un lado, por la privación de las expectativas de sobrevivir y, del otro, por la privación de la esperanza de curarse, restablecerse o mejorar su estado de salud.

Así las cosas, frente al caso particular de la señora Isabel, se puede observar que en estos momentos con el sostenerse toda una situación que implica: realizarse de nuevo otro procedimiento, someterse a un tratamiento que hoy por hoy sigue siendo incierto e indeterminado, hace de ella una paciente privada de la esperanza de curarse, restablecerse o mejorar su estado de salud, pues como se reitera, tanto los procedimientos anteriores efectuados, como del mismo tratamiento: tardía resolución para prever las consecuencias de la cirugía, la aparición de una sintomatología que no fue prevista, de una u otra manera por alguna falta de cuidado o de detalle en su médico tratante o precisamente por la tardía respuesta de su EPS, en ese entonces CAPRECOM, para responder a las expectativas que requería su tratamiento; todas situaciones juntas que hacen inferir la pérdida de la oportunidad de recuperarse y que hoy la tienen sobrevenida a situaciones médicas indeterminadas e infinitas, sin respuesta, sin resolución definitiva, sin nada que pueda ella identificar una luz para recuperarse, para vivir esa vida que perdió, que de una u otra manera depositó en la confianza en no sólo bajar de peso sino de estar saludable en su conjunto: nada de esto ha ocurrido a la fecha. Por tal razón, la responsabilidad se debe endilgar a cargo o bien en grados o niveles en las aquí demandadas o bien en su totalidad de manera solidaria por las mismas, pues finalmente la recuperación no ha existido y tal vez no lo será, de esa manera no podría acarrear unas situaciones que de por sí jamás como usuaria de un servicio debió tenerlas y asumirlas.

Con base en los argumentos anteriormente esbozados, solicitamos de manera respetuosa se sirva condenar a la parte demandada o demandadas al resarcimiento de los perjuicios patrimoniales y extra patrimoniales (morales), procediendo el reconocimiento de intereses y su actualización correspondiente. Igualmente solicito se condene en costas a la parte demandada en esta instancia.

Las condenas se deben hacer en forma individual para cada uno de los demandantes (…)”

* + 1. La apoderada de la **PARTE DEMANDADA CAPRECOM E.P.S. (hoy PAR CAPRECOM liquidado)** señaló que :

*“(…)No se demostró la falla del servicio, no existió diagnóstico, dictamen o testimonio técnico, que soportara, el presunto nexo inexorable de causalidad, entre la práctica de la cirugía de manga gástrica por laparoscopia realizada el 25 de octubre de 2011, y los episodios de isofagias e intolerancia alimenticia, y que en dicho del demandante posteriormente generaron la realización de una cirugía correctiva de MALLA DE PHYSIOME SH Y PISTOLA DE ABSORTAC, realizada el 19 de marzo de 2014; cabe mencionar que ambas prácticas de cirugía, con sus respectivas consecuencias fueron comunicadas y aceptadas por la aquí demandante; adicional no es posible desconocer que cualquier procedimiento medico presenta unos riesgos probables y legalmente aceptables y existe un campo de tolerancia a las consecuencias de los mismos, adicional que los mismos fueron con cargo del sistema de salud.*

*La hipótesis de la pretensión de la parte demandante, y en la cual queda fijado el litigio, se sustenta en una mala práctica clínica, MENCIONANDO QUE:*

*1. Que durante la intervención de la cirugía de manga gástrica por laparoscopia realizada el 25 de octubre de 2011, se ocasiono un daño antijurídico, por una mala práctica médica.*

*2. La cual en dicho de la parte demandante degenero en episodios de "isofagias e intolerancia alimenticia", lo anterior lo fundamenta en diagnóstico de medicina general, que en testimonio del galeno recaudado en audiencia de pruebas menciona: "por sentido común, porque a la señora se le había practicado una cirugía y que la experiencia indica que podía ser causa del padecimiento".*

*Las anteriores afirmaciones quedaron desvirtuadas tajantemente con el estudio de la historia clínica y el testimonio técnico del médico especialista Dr Edgar Camilo Ortiz Silva, cirujano en la ESE del Tunal, testigo de la parte demandante, quien ha sido el médico especialista tratante de la paciente hasta la actualidad y donde claramente explica que la cirugía de manga gástrica, es totalmente ajena, al padecimiento que genero la cirugía correctiva, esto es, hernia paraesofagica, que corresponde a un defecto ANATOMICO DEL PACIENTE, entonces podemos concluir lo siguiente:*

*1. La señora Isabel Cabeza, padecía obesidad mórbida, e ingresa al único programa público que realiza con cargo al sistema de salud cirugía plástica de manga gástrica y que generando una disminución de peso de forma efectiva; previamente se le realizaron estudios y exámenes multidisciplinarios, que confirmaron que era apta para dicha intervención y con la finalidad de mejorar su calidad de vida, su capacidad laboral y su expectativa de vida.*

*2. Que la cirugía de manga gástrica por laparoscopia fue realizada el 25 de octubre de 2011, fue exitosa, es decir, no tuvo consecuencias inesperadas y cumple con el objetivo, puesto que conforme lo declarado por el médico tratante Dr Edgar Camilo Ortiz Silva, quien es especialista de la materia y ha realizado más de 500 intervenciones, la señora Isabel Cabeza, ha disminuido considerablemente su peso, asi mismo en la actualidad refiere con buen estado de salud, según lo visto en los últimos controles médicos.*

*3. Que la señora Isabel Cabeza de Orjuela sufrió episodios de isofagias e intolerancia alimenticia, dichos episodios son causa de un defecto ANATOMICO DEL PACIENTE (hernia para esofágica), que en teoría existía y era asintomático y que en nada se relaciona con la cirugía de manga gástrica.*

*4. Que dicho padecimiento es común que se presente y que el mismo sea asintomático, y que su existencia o no al momento de la cirugía de manga gástrica, no era óbice para no efectuarla, pues corresponden a órganos diferentes y que al ser asintomático, médicamente no requería tratamiento.*

*5. Que teniendo en cuenta que la hernia para esofágica, comenzó a presentar síntomas (episodios de isofagias e intolerancia alimenticia) se hizo necesaria efectuar una cirugía correctiva de MALLA DE PHYSIOME SH Y PISTOLA DE ABSORTAC, realizada el 19 de marzo de 2014, la cual también fue exitosa, pues no presento consecuencias distintas a las esperadas y según lo declarado por el Dr actualmente la paciente presenta buenas condiciones generales de salud y buen estado de ánimo.*

*Conforme lo anterior, se observa que nunca se negó la prestación del servicio, se aseguróla atención por parte de esta aseguradora y de la IPS donde se realizó la atención, e incluso se puede concluir que se le realizaron dos intervenciones quirúrgicas (por padecimientos distintos) que le han mejorado su estado de salud y han aumentado su expectativa de vida.*

*Que si bien existió una frustración fundada de la señora Isabel Cabeza Orjuela, puesto que con posterioridad a la realización de la primera cirugía, (manga gástrica), padece síntomas que a la vista de cualquier persona, sin el conocimiento científico, ni los exámenes que lo soportaran, podían concluir que una era efecto de la otra, más si un galeno, sin la especialidad ni conocimiento del tema soporta su pensar relacionando ambas, como el efectuado por el Dr Triana de la asociación colombiana de diabetes; sin embargo técnicamente ambos padecimientos, refieren distintas causas y fueron tratadas conforme, la lex artis, soportado lo anterior en la historia clínica y el testimonio del médico especialista Dr, Edgar Camilo Ortiz Silva.*

*Es dable concluir que debe existir un vínculo de tal naturaleza directo, que no sea lógicamente posible suponer la existencia del daño sin la de la falla y aquí se encuentra claramente demostrada la INEXISTENCIA del nexo causal entre el presunto daño antijurídico y la actuación de mi representada.*

*Me opongo; la responsabilidad patrimonial, no se encuentra probada. No es posible declarar la existencia de perjuicios patrimoniales, cuando no existe prueba de la causación de ninguno de ellos.*

*Perjuicios Morales: No es procedente el reconocimiento de este concepto toda vez que dentro del expediente no se encuentra probado; en caso de lesiones la jurisprudencia refiere que tiene su fundamento en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegadas, y la jurisprudencia ha insistido que debe utilizarse como referente en la liquidación del perjuicio moral, en los eventos de lesiones, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima. En el presente asunto no se encuentra demostrado daño o incapacidad física alguna que pueda devenir en el correspondiente reconocimiento económico.*

*Daños materiales: Si bien la señora ISABEL CABEZA ORJUELA, tiene edad para estar laboralmente activa, también es cierto, que no se encuentra demostrado que la misma tenga o haya tenido ingreso alguno, consideramos que no es posible que a cargo del presupuesto de entidades públicas se reconozca perjuicios materiales y menos lucro cesante, cuando en el expediente no existe prueba alguna que la demandante tuviese algún tipo de ingreso o actividad laboral.*

*Incluso la señora ISABEL CABEZA ORJUELA, se encuentra afiliado al régimen subsidiado de salud lo cual es indicio que la misma nunca contó con ingresos laborales.*

*Por concepto de daño a la salud: Teniendo en cuenta que los componentes del referido "DAÑO A LA SALUD" son: el objetivo y subjetivo, el primero no se encuentra acreditado, esto es, la valoración del grado de incapacidad puesto que la señora ISABEL CABEZA ORJUELA, actualmente refiere buenas condiciones de salud y no obra prueba que desvirtué lo anterior (…)”*

* + 1. La apoderada de la **PARTE DEMANDADA HOSPITAL DEL TUNAL (hoy subred integrada de servicios de salud sur ESE)** manifestó :

*“(…)Ante su Señoría las pretensiones elevadas por la demandante no están llamadas a prosperar como quiera que no se demostró que el deterioro de la salud de la paciente ISABEL CABEZA ORJUELA, quien padecía de obesidad mórbida, se debiera al procedimiento denominado cirugía de manga gástrica por Laparoscopia, el cual se llevo a cabo en el hospital El Tunal Mi NIVEL E.S.E. de Bogotá, y menos aún que se debiera a negligencia por parte del cuerpo médico de 6 especialistas en las diferentes áreas, que intervinieron en el procedimiento quirúrgico. Tal conclusión la desarrollo en el acápite de Análisis Jurídico.*

*HECHOS El día 25 de octubre del año 2011, en el hospital EL TUNAL de la ciudad de Bogotá, se le practico a la señora MARIA ISABEL CABEZA ORJUELA, una cirugía de manga gástrica por Laparoscopia, para mejorar su calidad de vida, teniendo en cuenta que padecía obesidad mórbida.*

*2. A la señora ISABEL CABEZA ORJUELA, posterior a la cirugías, presento una hernia hiatal, que la paciente considero que había sido producida por la cirugía de manga gástrica. 3. Ante esta consideración la señora ISABEL CABEZA ORJUELA , acude a la Asociación Colombiana de Diabetes, en donde es atendida por el dr ALVARO TRIANA médico internista, quien según la demandante indico que con orden dirigida a su EPS " la señora ISABEL CABEZA ORJUELA esta presentado problemas relacionados con la cirugía bariátrica que se le realizo como son : vomito cuando ingiere solido reflujo, reflujo G.E.II, esporádico y síntomas de hipoglicemia con alteraciones en la piel por baja ingesta, habiéndose logrado el propósito inicial de reducción de peso de 91 kilos a 60.8 kilogramos (aproximadamente 30 kilos de reducción), debe considerarse la posibilidad de retirar la manga gástrica y reeducar en nutrición adecuada.*

*III.- ANALISIS JURIDICO*

*Dentro del análisis y fundamentos jurídicos, se debe decir en defensa del Hospital EL TUNAL III Nivel E.S.E.( HOY SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ) lo siguiente:*

*a. No se demostró la falla en la prestación del servicio de salud (vacunación) por parte de la entidad que represento. El día 25 de octubre del año 2011, en el hospital EL TUNAL de la ciudad de Bogotá, se le practico a la señora MARIA ISABEL CABEZA ORJUELA, una cirugía de manga gástrica por Laparoscopia, para mejorar su calidad de vida, teniendo en cuenta que padecía obesidad mórbida, esta cirugía se llevó a cabo después de contar con todos los estudios que exige los protocolos médicos para su realización (lex ARTIS).Por lo que no se demostró la falla en el servicio.*

*b. A la señora ISABEL CABEZA ORJUELA, posterior a la cirugías, presento una hernia hiatal, la cual considero que había sido producida por la cirugía de manga gástrica. Por lo que recurre a la Asociación Colombiana de Diabetes, en donde es atendida por el dr .ALVARO TRIANA médico internista, que no tenia conocimiento alguno de lo que implicaba una cirugía de maga gástrica, tanto es así que recomienda retirar la manga gástrica, cuando el especialista en ese tipo de intervenciones informa en el estrado judicial que no es posible porque el estómago es como un mago, esa manga gástrica es el procedimiento que se realiza retirando una parte del estómago quedando como un tubo, por ende no se podía llevar a cabo la recomendación del dr. ALVARO TRIANA.*

*c. EL DR. ORTIZ, en su amplia experiencia en el ejercicio de su profesión, nos indicó palabras más palabras menos, que en estos pacientes, el tratamiento quirúrgico (la Cirugía Bariátrica) es la única alternativa terapéutica que consigue unas tasas de pérdida de peso y remisión de las comorbilidades reproducibles y mantenidas a largo plazo. La cirugía de la obesidad reduce significativamente las tasas de mortalidad y previene el desarrollo de nuevos problemas de salud relacionados con la obesidad en pacientes con obesidad severa. Un estudio reciente demostró que la cirugía de la obesidad reduce el riesgo relativo de muerte en un 89%.*

*d. "Igualmente esta cirugía no está exenta de riesgos los cuales se dividen en dos categorías. Por un lado están los riesgos propios de una intervención quirúrgica realizada bajo anestesia general, que se basan fundamentalmente en el sustrato del paciente a operar: un paciente obeso y enfermo. Éste paciente es considerado de riesgo para cualquier procedimiento quirúrgico, si no se toman los recaudos necesarios. Sin embargo, al tratarse la cirugía Bariátrica de un procedimiento programado, el paciente llega al quirófano muy preparado, y con un tratamiento previo que minimiza los riegos.*

*Hay una segunda categoría de riesgos, que tienen que ver con este tipo de cirugía en si (bariátrica), pero éstos son de los más bajos dentro del área de las "cirugías mayores digestivas". Como ésta es una cirugía que se realiza mucho en la actualidad, los especialistas han adquirido una gran experiencia y eso disminuye las complicaciones. Los riegos posibles se asocian a la filtración, a la pérdida de material de líquido intestinal o gástrico fruto de un escape de contenido gástrico o intestinal por la línea de sutura, el sangrado, existiendo otras complicaciones que se presentan en menor frecuencia. También es importante destacar que si se compara los riegos de mortalidad por la cirugía frente a los riesgos de mortalidad por la prevalencia de la obesidad, según estudios poblacionales bien diseñados, mueren más pacientes a causa de la obesidad y las enfermedades vinculadas, que por la cirugía. Sin duda la tasa de complicaciones de la cirugía bariátrica de hace 20 años, con técnica tradicional no es la misma que la de hoy, basada en el conocimiento de nuevas técnicas menos invasivas, incisiones pequeñas, menos infecciones en heridas, menos hernias, tiempos de cirugía cortos, con movilización precoz."*

*e. Como bien reposa en el plenario, en la historia clínica y el concepto rendido por el doctor RAMI MIKLER, no se demostró que existiera una falla en la prestación del servicio de salud que le fuera brindado a la demandante en el HOSPITAL EL TUNAL E.S.E.(HOY SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR).*

*De otra parte : Como bien lo dice el Consejo de Estado en referencia a la falla en el servicio por omisión según Sección Tercera, sentencia de mayo 3 de 1999, exp. 11169.[[2]](#footnote-2)*

*Por lo anterior, no ha sido demostrada la responsabilidad de la entidad demandada, SUB RED INTEGRADA DE SERVICIOS SUR E.S.E., No hay nexo causal entre el hecho y el daño.*

*La atención dada la señora CABEZA ORJUELA en el Hospital EL TUNAL III NIVEL E.S.E. que hacen parte de la Subred Sur E.S.E., fue debida y efectuando los protocolos que para estos procedimientos existen y en cumplimiento de las funciones de los médicos especialistas en las diferentes áreas que atendieron a la demandante, lo hicieron en forma impecable, cumplieron con los protocolos médicos para su realización (lex ARTIS).*

*Como se percibe con la historia clínica de señora ISABEL CABEZA ORJUELA la atención medica prestada, fue pertinente adecuada y se adhiere a las guías del Ministerio de Salud, la paciente fue atendida en debida forma, conforme a los protocolos se le prestó un servicio pertinente y no hubo barreras de acceso a la atención de la usuaria.*

*Por lo anterior solicito a su señoría que el fallo emitido por su despacho sea favorable a la entidad que represento y se exonere de responsabilidad.*

*De esta forma presento alegatos de conclusión a favor de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR USS HOSPITAL EL TUNAL, en el tiempo procesal oportuno.”*

* + 1. Elapoderado del demandado **DISTRITO CAPITAL – SECRETARIA DE SALUD** reitero los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y solicito se nieguen las pretensiones.
    2. El MINISTERIO PUBLICO representado por la PROCURADOR JUDICIAL 82 -1 no conceptuó.

1. **CONSIDERACIONES**
   1. **LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS:**

* Frente a la EXCEPCION DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVApresentada por el apoderado del DISTRITO CAPITAL - SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD y el **HOSPITAL DEL TUNAL (hoy subred integrada de servicios de salud sur ESE)**,y la **excepción de CADUCIDAD DE LA ACCIÓN** propuesta por el demandado **CAPRECOM E.P.S. (hoy PAR CAPRECOM liquidado,** el despacho se remite a lo resuelto en el acápite respectivo en la audiencia inicial.
* En relación con la excepción **INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION -SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD, RESPECTO DEL DAÑO ANTIJURIDICO Y DEL PERJUICIO Y DAÑO ADUCIDO POR EL DEMANDANTE e** INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA ATRIBUIBLE A LA SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD presentada por el apoderado del DISTRITO CAPITAL - SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD, al igual que las de AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD y AUSENCIA NEXO CAUSAL ENTRE LA ATENCION DADA POR EL HOSPITAL DE USME I NIVEL ESE Y EL DAÑO OCACIONADO A LA PACIENTE propuesta por el demandado HOSPITAL DEL TUNAL (hoy subred integrada de servicios de salud sur ESE), e INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y CAUSA AJENA propuesta por el demandado **CAPRECOM E.P.S. (hoy PAR CAPRECOM liquidado)**, no gozan de esta calidad, en atención a que los hechos que se aducen como fundamento de las mismas, no la conforman, limitándose simplemente a negar o contradecir los supuestos de hecho en que los demandantes sustentan su acción. En este sentido, el término “excepción”, está reservado para aquéllos únicos casos en que tal instrumento de defensa, se traduce en la acreditación de hechos y razones distintos, encaminados a excluir, enervar o dilatar las pretensiones.
* En cuanto a la **INNOMINADA** presentada por la demandada CAPRECOM E.P.S. (hoy PAR CAPRECOM liquidado) sólo puede considerarse como un llamado al Despacho para que en caso de encontrar una causal que pudiera enervar las pretensiones de la demanda, así lo indique, por lo que se tendrá en cuenta, advirtiendo que a la fecha no encuentra ningún motivo que impida proferir una decisión de fondo en este asunto.
  1. **LA RAZÓN DE LA CONTROVERSIA:**

Conforme a lo establecido en la FIJACION DEL LITIGIO, se busca establecer si hay lugar a declarar la responsabilidad de las entidades demandadas DISTRITO DE BOGOTA D.C- SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTA – CAPRECOM EPS (hoy PAR CAPRECOM liquidado) - HOSPITAL EL TUNAL E.S.E (hoy subred integrada de servicios de salud sur ESE) por las presuntas lesiones sufridas por ISABEL CABEZA ORJUELA por estrechez a nivel de cuerpo remanente, provocando disfagia de sólidos, lesión elevada esofágica de aspecto de granuloma, angulación del segmento del cuerpo gástrico con reducción de la luz, gatritis antral eritematosa crónica, debiendo tener que practicarse con posterioridad cirugía de corrección de hernia para esogagica, cirugía que se llevó a cabo en marzo del año de 2014.

Surge entonces el siguiente problema jurídico:

**¿Es atribuible a las aquí demandadas responsabilidad por las lesiones y afectaciones sufridas por la señora Isabel Cabeza, como consecuencia de las intervenciones médicas a las que ha sido sometida en el marco de su enfermedad: obesidad mórbida por manga gástrica?**

Para dar respuesta a esta pregunta debemos tener en cuenta lo siguiente:

Con relación a la responsabilidad por falla médica, el Consejo de Estado ha propendido por la adopción de la Teoría de la carga dinámica de la prueba de manera adecuada, es decir, analizando en cada caso en particular cómo será la distribución de las cargas y qué le corresponderá probar a cada parte, puesto que la manera como ha venido aplicándose la falla presunta ataca el fundamento mismo de la teoría de las cargas dinámicas.

Así las cosas, la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial será carga de la parte demandante, a menos que aquélla resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y dicha carga se torne, entonces, excesiva. Sólo en este evento y de manera excepcional, será procedente la inversión del deber probatorio, previa la inaplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil (hoy código general del proceso) *-que obligaría a la parte actora a probar siempre el incumplimiento por el demandado de su deber de prestar debidamente el servicio mencionado-*, por resultar la regla en él contenida, en el caso concreto, contraria a la equidad, prevista en el artículo 230 de la Constitución Política como criterio auxiliar de la actividad judicial.

La carga de la prueba puede definirse como aquella obligación que tienen las partes de demostrar lo afirmado en su demanda o en su contestación, con fundamento en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil (hoy código general del proceso), el cual dispone que *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.*

En desarrollo de la norma procesal antes citada, tenemos en principio que la legislación colombiana establece que es el paciente quien está obligado a demostrar la culpa del profesional de la salud, así como los otros dos elementos de responsabilidad (daño y nexo causal entre daño y culpa), si quiere que sus pretensiones sean acogidas.

En estos casos, si el paciente no logra acreditar dentro del proceso que fue imprudente, negligente o imperito el actuar del profesional de la salud, éste último no podrá ser obligado a resarcir los perjuicios alegados.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha cuestionado la presunción de la falla del servicio y ha señalado, en aplicación de la teoría de la carga dinámica de las pruebas, que dicha presunción no debe ser aplicada de manera general sino que en cada caso el juez debe establecer cuál de las partes está en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia.

En conclusión, siguiendo la más reciente posición de la jurisprudencia, es necesario tener en cuenta los siguientes criterios:

* Corresponderá al demandante probar la falla del servicio, salvo en los eventos en los cuales le resulte “*excesivamente difícil o prácticamente imposible*” hacerlo;
* Corresponde al demandante aportar la prueba de la relación de causalidad, la cual podrá acreditarse mediante indicios en los eventos en los cuales le “resulte muy difícil -si no imposible-...la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar”;
* En la valoración de los indicios tendrá especial relevancia la conducta de la parte demandada, sin que haya lugar a exigirle en todos los casos que demuestre cuál fue la causa real del daño;
* La valoración de esos indicios deberá ser muy cuidadosa, pues no puede perderse de vista que los procedimientos médicos se realizan sobre personas que presentan alteraciones en su salud, y
* El análisis de la relación causal debe preceder el de la falla del servicio[[3]](#footnote-3).

Quiere decir lo anterior, que cuando se demanda buscando la indemnización de perjuicios que según la víctima del daño se produjeron con ocasión de una actuación u omisión atribuible a autoridades o entidades médicas y hospitalarias por actos médicos o asistenciales, en principio le corresponde al interesado probar los extremos de tal responsabilidad (la existencia del daño y su imputabilidad a la parte demandada, la falla en el servicio médico y el nexo causal entre el daño causado y el servicio prestado).

* 1. **ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PRUEBAS:**

**2.3.1** Conforme al material probatorio aportado, se encuentran **probados los siguientes hechos**:

* ISABEL CABEZA ORJUELA es madre de DOREY JOJANA PINEDA CABEZA, FELIPE FERNANDEZ CABEZA, FABIÁN ANDRES FERNÁNDEZ CABEZA, JOHN NICOLAS FERNANDEZ CABEZA, e hija de la señora MARIA ROSALBINA ORJUELA DE CABEZA [[4]](#footnote-4)
* La señora Isabel sufre de obesidad mórbida, hipertensión, hipertrigliceridemia y diabetismellitus
* Fue sometida a un procedimiento de manga gástrica con el fin de reducir su peso, situación que le aparejaba afecciones a su salud; la cirugía se practicó el 25 de octubre de 2011.
* Con posterioridad a la cirugía acudió nuevamente a los servicios médicos refiriendo que sufría de reflujos y otra serie de afectaciones que le impedían llevar a cabo su alimentación de manera normal.

* Fue diagnosticada con hernia iatal paraesofágica y fue intervenida el 20 de marzo de 2014[[5]](#footnote-5)
* El medico Álvaro Triana García, en su momento conceptuó diciendo que en atención a las dificultades postoperatorias de la paciente se podría pensar en retiro de banda gástrica y reeducar en nutrición a la paciente. En el ámbito de la declaración judicial, el médico Triana señaló que la cirugía cumplió su cometido y que él no es especialista en gastroenterología, se mostró extrañado de que lo hubiesen citado a declarar pues únicamente señaló una posible solución, sin que hubiese mediado algún tipo de consideración sobre la idoneidad del procedimiento practicado a la demandante. El médico Triana manifestó que realizó la recomendación con base en lo que la paciente le dijo y el examen de endoscopia que en su momento le aportó la paciente; señaló igualmente que su especialidad no es la atención del tipo de pacientes que era la señora Cabeza y que solo había atendido a tres pacientes de este tipo en su ejercicio profesional, su recomendación se erigió sobre la base de una deducción lógica mas no en una experiencia previa o concreta frente a este tipo de casos. [[6]](#footnote-6)
* Édgar Camilo Ortiz, médico especialista en cirugía laparoscópica avanzada del abdomen, tratante de la señora Cabeza, manifestó que la señora fue operada para tratar su obesidad previo estudio de ocho meses de su condición; luego de la cirugía y de forma paralela sufrió una afectación que consistió en que el estómago se le incrustó en el tórax, por lo que fue necesario operarla nuevamente, lo cual habría redundado en su beneficio al punto que de manera reciente habría manifestado que se encuentra bien de salud. La incrustación no es una condición inherente a la cirugía sino a un defecto anatómico de la paciente, y está relacionado como de poca ocurrencia en la literatura médica. Esta condición fue la que ocasionó las afecciones postoperatorias referidas por la paciente (reflujo y dificultad para tragar); la hernia hiatal no fue diagnosticada en los exámenes preoperatorios a pesar de que se surtieron los protocolos establecidos, es una situación que no está condicionada por la obesidad y que no es posible diagnosticar en todos los casos. A la señora Cabeza se le quitó el 80% del estómago (bajo la técnica que se le aplicó a la paciente), el hecho de que se haya quitado una parte del estómago no es causa del posterior incrustamiento del estómago en el tórax; el vómito posterior a la ingesta, aunque no es un desarrollo normal de la operación si puede estar asociado a la falta de conciencia de la persona de que en virtud de la operación no podría ingerir la misma cantidad de comida. Las demoras en la realización de la operación de la hernia sintomática pueden afectar la calidad de vida de la paciente. La manga gástrica es un procedimiento definitivo y no puede ser retirada. La expectativa de vida de señora cabeza se extendió como consecuencia de la cirugía [[7]](#footnote-7)
* En diligencia de control dictamen el perito Rami Mikler manifiesta que la cirugía sí era procedente y que el procedimiento estuvo correctamente ejecutado y el seguimiento postoperatorio se ha realizado consecuentemente. Sin embargo, señala que el proceso de intervención ha sido demasiado demorado; el especialista señala que revisó la historia clínica hasta 2017, manifiesta que no hubo demora en el diagnóstico de la hernia y que el paso del tiempo incide en el deterioro de la condición de salud de la paciente, refiere desconocer las razones por las cuales no se han corregido completamente las condiciones médicas de la paciente; así mismo señala que el surgimiento de la hernia si es una condición asociada a la cirugía de manga gástrica y que en su criterio a la paciente se le debió haber realizado un procedimiento de dilatación, cosa que no observó en la historia clínica, una vez se pudo establecer que seguía presentando estrechez del estómago. [[8]](#footnote-8)

**2.3.2.** Entremos ahora a resolver el interrogante planteado:

**¿Es atribuible a las aquí demandadas responsabilidad por las lesiones y afectaciones sufridas por la señora Isabel Cabeza, como consecuencia de las intervenciones médicas a las que ha sido sometida en el marco de su enfermedad: obesidad mórbida por manga gástrica?**

Por dos vías argumentativas la parte demandante enfila sus pretensiones en contra de los demandados: por un lado, señala la existencia de un mala praxis en la realización de una cirugía de manga gástrica realizada el día 25 de octubre de 2011, procedimiento este que en voces de la demandante habría desencadenado una serie de afecciones que han incidido negativamente en la salud de la señora ISABEL CABEZA, y por otra parte, se hace alusión a la existencia de demoras en la realización de procedimientos que finalmente fueron practicados a la señora CABEZA mediante acción de tutela.

Así puestas las cosas, resulta menester señalar que ninguno de los dos planteamientos argumentativos sale avante luego de realizar un análisis del material probatorio obrante dentro del expediente. En efecto, como punto de partida sea del caso señalar que no existe una prueba científica que de manera cierta, imparcial y directa atribuya a la mala praxis del personal médico que atendió a la accionante las circunstancias adversas que expone como daños, muy por el contrario, el dictamen de medicina legal, amen a constituirse en una prueba inconcluyente, deja entrever que la señora Cabeza al parecer no era consciente de la gravedad de sus enfermedades prexistentes y que como consecuencia de tal falta de conocimiento, no tomaba las medidas nutricionales necesarias para precaver el agravamiento de su situación, afirmaciones estas, que aun cuando no tienen un carácter exculpatorio, cuando vienen acompañadas de una ausencia de prueba que de manera diáfana de cuenta de la existencia de una falla del servicio, introducen en el campo de la incertidumbre la existencia de dicha falla.

En cuanto al concepto rendido por el médico internista Alvaro Triana, resulta a todas luces un medio probatorio inútil de cara a la demostración de cualquier supuesto de hecho de interés para las resultas del proceso, al punto que su deposición deja claramente establecido que desconocía por completo en qué consistía el procedimiento de manga gástrica que se le practicó a la señora Cabeza y su recomendación de que la misma fuera removida es tan improcedente como inverosímil, por tal razón, sea del caso señalar que a la luz de este medio probatorio no resulta viable construir ninguna verdad relevante en torno a los hechos de la demanda.

Ahora bien, en lo que respecta al testimonio del médico tratante y el dictamen rendido por el perito designado, doctor Rami Mikler, sea lo primero señalar que cotejadas las dos declaraciones, se observa que existen notables diferencias en cuanto al concepto que a cada uno de dichos profesionales le merece el hecho del surgimiento de la hernia posoperatoria en la accionante. En efecto, mientras que para el doctor Edgar Ortiz, tal situación no es consecuencia de la realización de la cirugía, para el perito, es esa precisamente la causa del surgimiento de la hernia en cuestión; ahora bien, tal diferencia, contrario a lo que a primera vista pudiese pensarse, no tiene, en criterio del despacho, la suficiente entidad como para hacer descartable alguna de las dos declaraciones, y es que a pesar de que el médico Mikler fue enfático en señalar que la hernia es una consecuencia de la cirugía, también lo fue en señalar que el procedimiento llevado a cabo sobre la paciente, hoy accionante, se condujo bajo la lex artis; de manera pues que a pesar de que existe una diferencia de criterios médicos, en el fondo existe una coincidencia importante en cuanto a que la atención médica brindada a la accionante cumplió las normas derivadas de la lex artis, siendo este precisamente el punto para cuyo esclarecimiento fue designado el perito médico. Así las cosas, para el despacho es claro que un dictamen en el que de manera reiterada se manifiesta que hubo cumplimiento de las normas técnicas que guían la ciencia médica, no puede ser tomado a partir de sus particularidades propias y convertido en prueba de cargo de algo que el mismo dictamen de manera expresa se encarga de rechazar.

Sin perjuicio de lo anterior, el despacho considera necesario referirse al concepto del perito en cuanto atañe a la supuesta falta de realización de un procedimiento médico denominado dilatación por medio de bomba neumática, y es que para el despacho resulta llamativo que sobre esta particular temática el médico Mikler se haya mostrado dubitativo a la hora de señalar si efectivamente el tratamiento le fue o no realizado a la paciente, al punto que se mostró dispuesto a retractarse de llegar a demostrarse con base en la historia clínica, que tal procedimiento si había sido llevado a cabo. Igualmente llama la atención, que al ser indagado sobre la incidencia que pudo haber representado la falta de realización de este procedimiento, el mismo medico se mostró poco concluyente y ciertamente no atribuyó a tal “falta” un perjuicio mayor, dejándolo simplemente como una ausencia en el protocolo, por lo que a partir de estas consideraciones tampoco resulta viable construir un juicio de responsabilidad por falla médica.

El medico Mikler y el tratante doctor Ortiz, este último en menor medida, señalaron en sus declaraciones que las demoras que se presentaron en la realización en la segunda cirugía, efectivamente pueden haber llegado a incidir en una afectación a la salud de la paciente y su calidad de vida; sin embargo, nuevamente sobreviene una diferencia notable en cuanto tiene que ver con el estado actual de la señora Cabeza, cuya declaración por lo demás se echa de menos, pues el médico tratante refiere que ha seguido atendiendo a la paciente y dice observar en ella una evolución satisfactoria, el doctor Mikler por su parte, relata que actualmente la señora Cabeza presenta estrechez en su estómago que seguramente le ocasiona las molestias que alega como razones para la indemnización de perjuicios; la diferencia notable, y que zanja este desacuerdo de criterios, está dada, a juicio de este despacho, por el hecho de que el médico Ortiz ha tenido la oportunidad de atender de primera mano a la paciente, mientras que el doctor Mikler por su parte, ni siquiera se entrevistó con la señora Cabeza para efectos de la elaboración de su dictamen; esta situación que para el doctor Mikler no tiene relevancia, y ciertamente pretendió ser minimizada por este último en el marco de su declaración, resulta decisoria, pues como quedó expuesto en el análisis que se hizo del dictamen de medicina legal, a donde la demandante si se vio conminada a asistir, como resulta apenas natural en el marco de la realización de un dictamen pericial, existe por parte de la señora Cabeza una falta de conciencia sobre las connotaciones de la operación a la que fue sometida al punto que el dictamen de medicina legal señala: *“(…) paciente quien no sigue las recomendaciones específicas para el manejo posterior a cirugía bariatrica, no sigue indicaciones nutricionales, mala adherencia al tratamiento (…) y desea comer más cantidad de comida como lo hacía antes de la cirugía (…)”*, situación ésta que desde un punto de vista objetivo, merece ser ponderada, habida cuenta que también podría erigirse como causa de las afecciones que alega la demandante y que sin embargo, no fueron tenidas en cuenta por el doctor Mikler a la hora de elaborar su dictamen.

Así las cosas, es viable concluir que a pesar de que se han presentado demoras en la atención medica brindada a la señora Cabeza, no existe prueba completamente fiable que indique que tales retrasos son los causantes directos de las afectaciones que dice padecer la accionante; en este mismo sentido, se considera importante no dejar de lado el hecho de que, acuerdo a lo relatado por el doctor Ortiz, la paciente ha mostrado poca consistencia en el seguimiento de sus enfermedades, todo lo cual concuerda con el concepto de medicina legal, y deja en entredicho la tesis de que los retrasos son imputables a la administración pues dentro de este contexto, sería viable igualmente concluir que las demoras en la realización de la segunda cirugía pudieron ser también atribuibles a la negligencia de la paciente.

Como consecuencia de las anteriores consideraciones, es menester concluir que no se demostró adecuadamente la existencia de una falla en la prestación del servicio de salud, por lo que no hay lugar a declarar la responsabilidad de las entidades accionadas.

* 1. Se **CONDENARÁ EN COSTAS** a la PARTE ACTORA de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del Código de Procedimientos Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que remite al Código de Procedimiento Civil hoy Código General del Proceso.

En efecto, elartículo 188 de la Ley 1437 de 2011 señala *“Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”*

Por su parte, los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso establecen que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y para la fijación de las agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

Por último, mediante Acuerdo No. 1887 de 2003, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura establece las tarifas de agencias en derecho, señalando en su capítulo III, Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, numeral 3.1.2., en los asuntos de primera instancia, inciso segundo, de los procesos con cuantía, que se condenará a la parte vencida en juicio hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

De conformidad con lo anterior, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y gestión realizada por el apoderado de la parte demandada, se fija como agencias en derecho el **10%** de las pretensiones solicitadas dentro del proceso.

En mérito de lo expuesto, **el JUZGADO TREINTA Y CUATRO (34) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUÍTO DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y, por autoridad de la Ley,**

**FALLA:**

**PRIMERO: Declárense** no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada

**SEGUNDO:** **Niéguense** las pretensiones de la demanda

**TERCERO:** Se **condena en costas** a la parte actora, liquídense por secretaria

**CUARTO:** **Fíjense** como agencias en derecho de la apoderada de la parte demandada la suma de 2´273.600[[9]](#footnote-9)

**QUINTO:** Notifíquese a las partes del contenido de esta decisión en los términos del artículo 203 del CPACA.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**OLGA CECILIA HENAO MARIN**

Juez

NNC

1. ( SENTENCIA CONSEJO DE ESTADO RADICADO 19001-23-31-000-1998-03400-01(20097) PONENTE HERNAN ANDRADE RINCON [↑](#footnote-ref-1)
2. *"Ahora, la responsabilidad por falla en la prestación del servicio médico se puede derivar, justamente, de la omisión de prestar el servicio médico a la persona que acuda al centro asistencial y la responsabilidad del Estado se deriva entonces de esa omisión, cuando la misma incide en el resultado adverso a la salud, la integridad física o la muerte de quien requiera ese servicio. La responsabilidad estatal por fallas en la prestación del servicio médico asistencial no se deriva simplemente a partir de la sola constatación de la intervención de la actuación médica, sino que debe acreditarse que en dicha actuación no se observó la lex artis y que esa inobservancia fue la causa eficiente del daño. Esa afirmación resulta relevante para aclarar que si bien de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, no es suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportarlo para que surja el derecho a la indemnización, se requiere que dicho daño sea imputable a la Administración, y sólo lo será cuando su intervención hubiera sido la causa eficiente del mismo."* [↑](#footnote-ref-2)
3. Nota de Relatoría: Sentencia del 22 de abril de 2004, exp.: 14.212 efectuada en providencia del CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil cinco (2005). Radicación número: 47001-23-31-000-1995-04164-01(14786). Actor: DALILA DUICA DE PEREIRA Y OTROS. Demandado: DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA - HOSPITAL CENTRAL JULIO MENDEZ BARRENECHE [↑](#footnote-ref-3)
4. FOLIOS 21-25 DELCP [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 18 y ss del c3 y c2 [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 140 -151 del cp [↑](#footnote-ref-6)
7. Ibid 5 [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios236a 244 del cp [↑](#footnote-ref-8)
9. Valor aproximado al 10% de las pretensiones $22´736.000 [↑](#footnote-ref-9)