

Señores

JUZGADO TREINTA Y OCHO (38°) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ D.C -SECCIÓN TERCERA.

E. S. D

Referencia:	REPARACIÓN DIRECTA
Radicado:	110013336038-2019-00285- 00
Demandante:	ANA ELISA PAEZ TRIANA Y OTROS
Demandado:	HOSPITAL SAN JOSE DE GUADUAS Y OTROS
Asunto:	CONTESTACIÓN DE DEMANDA

JUAN PABLO CUETO ESTRADA, identificado con cédula de ciudadanía No 1.042.996.904 de Sabanalarga – Atlántico y titular de la Tarjeta Profesional No 186.828 del C.S de la Judicatura, domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C, obrando en calidad de Apoderado Judicial de la Entidad demandada COOMEVA EPS S.A, conforme al poder a mi conferido por la Representante Legal de dicha entidad mediante mensaje de datos en virtud del Decreto 806 de 2020, el cual anexo al presente escrito; estando en término, me permito descorrer el traslado, presentando ante su Despacho, **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA** y escrito de **EXCEPCIONES DE MÉRITO** dirigido al Medio de Control, Reparación Directa, instaurado por **ANA ELISA PAEZ TRIANA Y OTROS** en contra del **HOSPITAL SAN JOSE DE GUADUAS Y OTROS**, en los siguientes términos:

I. CONTESTACIÓN A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

AL HECHO PRIMERO: LE CONSTA, a mi representada de acuerdo con la documental obrante dentro del proceso a folio 33 sin embargo, es importante aclarar que la fecha del matrimonio es 27 de julio de 1985 y no 1980.

AL HECHO SEGUNDO: LE CONSTA, a mi representada de acuerdo con la documental obrante dentro del proceso a folio 34, 35 y 36.

AL HECHO TERCERO: LE CONSTA, a mi representada de acuerdo con la documental obrante dentro del proceso, sin embargo, es pertinente indicar que algunos documentos no son legibles.

AL HECHO CUARTO: NO LE CONSTA, a mi representada dado que no existe prueba documental alguna acerca del vínculo laboral con una empresa de construcción y el señor **JUAN BAUTISTA MOLINA NIETO,** ahora bien, respecto a que se encontraba afiliado al régimen contributivo este hecho es cierto.

AL HECHO QUINTO: NO LE CONSTA, a mi representada, nos atenemos a lo consignado en la historia clínica y demás pruebas que se practiquen en el proceso, dado que no existe prueba sobre la atención del 02 de abril de 2017, razón por la cual es importante que el Juez llame la atención al demandante a fin de que de claridad sobre los hechos en modo, tiempo y lugar.

AL HECHO SEXTO: NO ES UN HECHO. Es una valoración conceptual que realiza el apoderado de la demandante, cuya validez corresponde determinar al juez basado en las pruebas técnicas y científicas que se practiquen en el desarrollo del presente proceso.

AL HECHO SÉPTIMO: ES PARCIALMENTE CIERTO. De acuerdo a lo evidenciado en la historia clínica en el proceso, al paciente le dieron de alta en la IPS HOSPITAL SAN IGNACIO y no requirió el manejo quirúrgico; conducta que fue definida por el galeno tratante y no puede intervenir la EPS en la prescripción del algún procedimiento, en virtud del principio de autonomía profesional. Anexo al presente resumen de la atención por la especialidad de NUEUROCIRUGÍA del día 13 de abril de 2017, en la que se da egreso del paciente sin ningún ordenamiento para cirugía.

RESUMEN DE LA ATENCIÓN NEUROCIRUGÍA

CONCEPTO

PACIENTE CON ANTECEDENTES DESCRITOS, EN EL MOMENTO CEFALEA SIN DETERIORO O DEFICIT NEUROLÓGICO, EXAMEN NEUROLÓGICO SIN EVIDENCIA DE HTE, NO SIGNOS DE FOCALIZACIÓN NEUROLÓGICA. SE CONSIDERA CEFALEA MULTIFACTORIA, QUE HA VENIDO RECIBIENDO ANALGÉSICO DE MANERA SUBÓPTIMA (ACETAMINOFEN 1 TAB CADA 12 HORAS) SIN SIGNOS DE ALARMA, NEUROLÓGICAMENTE SIN DEFICIT O FOCALIZACIÓN, SE CONSIDERA EN EL MOMENTO ANTE TIEMPO DE EVOLUCIÓN Y CLÍNICA ACTUAL PUEDE CONTINUAR MANEJO AMBULATORIO, YA CUENTA CON CITA POR CONSULTA EXTERNA PENDIENTE TAC. SE DA MANEJO ANALGÉSICO AHORA Y AMBULATORIO, SIGNOS Y SINTOMAS DE ALARMA PARA RECONSULTAR (ALTERACIÓN ESFERA MENTAL, ALTERACIÓN DE ESFINTERES, NO MUEVE O NO SIENTE UNA PARTE DEL CUERPO, MOVIMIENTOS ANORMALES), PACIENTE ENTIENDE Y ACEPTA.

DRS ZORRO - GOMEZ

Lo invitamos a que participe en las actividades de promoción y prevención que ofrece su Entidad Promotora de Salud (EPS)

Cordialmente,

Médico: JUAN CARLOS GOMEZ VEGA - Neurocirugía

Juan Carlos Gómez V. Reg: 1090427481

Por otra parte, referente al punto de la incapacidad de 1 un mes que refiere el demandante es pertinente aclarar que la misma fue solo por 27 días conforme a las pruebas que obran en el expediente.

Otro aspecto no menos importante para dilucidar en el presente proceso, son los antecedentes médicos del paciente, dado que en la atención del 06 de abril de 2017, llevada a cabo en la IPS SAN IGNACIO, el mismo paciente informa al médico que presenta los siguientes datos médicos: **bradicardia sinusal, diabetes mellitus e hipertensión arterial**, aspecto para tener en cuenta respecto a las posibles causas del fallecimiento del paciente y su enfermedad preexistente.

* Antecedentes:

- Patológicos bradicardia sinusal, diabetes mellitus , hipertension arterial
- Quirúrgicos niega
- Farmacológicos glibenclamida 5 mg
- Tóxicos y alérgicos niega
- Traumáticos niega
- Transfusionales niega
- Otros

Finalmente es importante aclarar que la EPS emitió la correspondiente autorización con el Número de Evento (NAP) 2107901 para la IPS Hospital Universitario San Ignacio, dicha solicitud fue requerida por la funcionaria Julieth Ortega, auxiliar de referencia de dicha IPS.

AL HECHO OCTAVO: NO LE CONSTA a mi representada. Es una apreciación subjetiva por parte del apoderado de la parte demandante que no tiene sustento probatorio dentro del proceso.

AL HECHO NOVENO: NO LE CONSTA a mi representada. Es una apreciación subjetiva por parte del apoderado de la parte demandante que no tiene sustento probatorio dentro del proceso.

AL HECHO DÉCIMO: NO LE CONSTA a mi representada. Es una apreciación subjetiva por parte del apoderado de la parte demandante que no tiene sustento probatorio dentro del proceso.

AL HECHO DÉCIMO PRIMERO: NO ES CIERTO, este hecho dado que el paciente fue valorado en la IPS PROCARDIO SERVICIO MÉDICOS INTEGRALES LTDA el día 29 de abril de 2017 a las 08:02 am No de ingreso 314474 hoja No 1 de 70 de la historia clínica de la IPS en mención, la cual obra en el proceso y el médico neurocirujano JUAN CARLOS LUQUE SUAREZ realiza el siguiente concepto médico:

Concepto

Concepto: NEUROCIRUGIA

PACIENTE EN MUY BUEN ESTADO GENERAL GLASGOW 15 SOBRE 15
REMITIDO DE HOSPITAL SAN IGNACIO CON IDX HEMATOMAS SUBDURALES BILATERALES
EN EL MOMENTO ASINTOMATICO PUPILAS SIMÉTRICAS REACTIVAS
SS AUTORIZACION DE TTO QX Y O REMISIÓN

Plan de tratamiento: SS AUTORIZACIÓN TTO QX DRENAJE DE HEMATOMAS Y O REMISIÓN
HOJA NEUROLOGICA

Destino: Observación De Urgencias

El mismo 28 de abril de 2017, se emite la autorización, Número de Evento (NAP) 2121067 para la atención integral del paciente conforme a los requerimientos médicos que soliciten los médicos tratantes. La funcionaria Julieth Lopez de la IPS Procardio Servicios Médicos Integrales Ltda, solicita la autorización a la EPS, teniendo como respuesta el número de autorización.

AL HECHO DÉCIMO SEGUNDO: ES PARCIALMENTE CIERTO, teniendo en cuenta lo indicado en la historia clínica de la IPS PROCARDIO SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES LTDA, respecto de la atención del 2 de mayo de 2017, por parte del Doctor Jorge Ignacio Balaguera Vila hoja 13 y 14 de la historia clínica, al conceptuar lo siguiente, toda vez que el médico no indicó que el dolor de cabeza sea como consecuencia del trauma de cráneo.

PACIENTE MASCULINO DE 59 AÑOS CON DIAGNÓSTICOS DE:

1. HEMATOMA SUBDURAL BILATERAL SUBAGUDO
2. TRAUMA CRÁNEO ENCEFÁLICO SEVERO
3. HIPERTENSION ARTERIAL
4. DIABETES MELLITUS TIPO 2

Concepto

Concepto: PACIENTE DE 59 AÑOS CON DIAGNÓSTICOS ANOTADOS. EN EL MOMENTO ESTABLE, SIN SIRS, SIN DIFICULTAD RESPIRATORIA. NO FOCALIZACIÓN NEUROLÓGICA. REFIERE DOLOR INTENSIDAD MODERADO A SEVERA. SE DECIDE OPTIMIZAR ANALGESIA. GASES ARTERIALES CON ALCALOSIS RESPIRATORIA CONTINUAMOS MANEJO INSTAURADO Y VIGILANCIA CLÍNICA. PENDIENTE REMISIÓN VS AUTORIZACIÓN DE PROCEDIMIENTO QUIRÚRGICO. SE EXPLICA A PACIENTE Y FAMILIAR QUIENES ACEPTAN Y ENTIENDEN. SE RESUELVEN DUDAS.

Plan de tratamiento: -PENDIENTE REMISIÓN VS AUTORIZACIÓN DE PROCEDIMIENTO QUIRÚRGICO

-SE OPTIMIZA ANALGESIA: HIDROMORFONA 0.3 MG IV CADA 6 HORAS

Destino: Cuidado Intermedio Del Adulto

En este punto es importante tener claridad respecto a la norma vigente relacionada a la atención de urgencias por parte de la Instituciones Prestadoras de Servicios, en razón a que el sí el médico tratante requería la intervención del procedimiento quirúrgico de forma vital, la IPS debió solicitar la autorización a la EPS; **y sí está ultima no daba respuesta se considera**

que el servicio ha sido autorizado. Razón por la cual la IPS PROCARDIO SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES LTDA, debió su momento practicar el procedimiento quirúrgico al paciente JUAN BAUTISTA MOLINA NIETO, sin colocar barrera administrativa alguna, dado que la norma es clara cuando se está en presencia de una urgencia. El procedimiento quirúrgico efectivamente se realizó al paciente el día 04 de mayo de 2017, dejando en evidencia que la IPS contaba con la infraestructura hospitalaria y el talento humano necesario para la práctica del procedimiento ordenado por médico tratante.

Como sustento de lo anteriormente indicado el **artículo 120 del Decreto – Ley 019 de 2012**, señaló que tratándose de atención ambulatoria, con internación, domiciliaria de urgencias **e inicial de urgencia**, el trámite de autorización para la prestación de los servicios de salud lo efectuaría de manera directa la IPS ante la EPS, con el fin de simplificar los trámites por parte de los usuarios, ante el Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS y en cumplimiento de esa disposición normativa, se expidió la Resolución 4331 de 2012, la cual modificó los formatos y procedimientos adoptados en la Resolución 3047 de 2008.

La Resolución 4331 de 19 de diciembre de 2012, determina lo siguiente: Artículo 8°. “Las entidades responsables del pago de servicios de salud y los prestadores de dichos servicios, podrán acordar los servicios respecto de los cuales no se requiere autorización. **Para los demás casos, o en los casos de prestación sin contrato**, las entidades responsables del pago de servicios de salud y los prestadores de dichos servicios, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 120 del Decreto-ley número 019 de 2012, deberán utilizar los siguientes formatos: a) Para la solicitud de la autorización: El Formato definido en el Anexo Técnico número 3 de la Resolución número 3047 de 2008, b) Para la autorización (respuesta): El Formato definido en el Anexo Técnico número 4 de la Resolución número 3047 de 2008 modificada por el artículo 1° de la presente resolución. Parágrafo 1°. En los eventos en que se requiera autorización, la solicitud y respuesta deberá tramitarse de forma previa a la prestación de los servicios de salud, **sin perjuicio de que ante la no respuesta dentro de los términos establecidos en el artículo 14 del Decreto número 4747 de 2007, se considere que el servicio posterior a la atención inicial de urgencias HA SIDO AUTORIZADO.**” (**Negrillas fuera de texto**).

Finalmente se reitera lo indicado en el hecho anterior: **“El mismo 28 de abril de 2017, se emite la autorización, Número de Evento (NAP) 2121067** para la atención integral del paciente conforme a los requerimientos médicos que soliciten los médicos tratantes. La funcionaria Julieth Lopez de la IPS Procardio Servicios Médicos Integrales Ltda, solicita la autorización a la EPS, teniendo como respuesta el número de autorización”.

AL HECHO DÉCIMO TERCERO: LE CONSTA, a mi representada respecto de lo indicado por parte del apoderado de la demandante, conforme a la historia clínica que obra en el

proceso. Es importante aclarar que el paciente pudo ser llevado al procedimiento quirúrgico sin requerir la autorización de la EPS conforme a lo señalado en el **artículo 14 del Decreto número 4747 de 2007**, toda vez que se configura un silencio positivo en materia administrativa., sin embargo, en el presente caso la EPS, sí se emitió la autorización No Número de Evento (NAP) 2121067 para la atención integral del paciente.

AL HECHO DÉCIMO CUARTO: LE CONSTA, a mi representada respecto de lo indicado por parte del apoderado de la demandante, conforme a la historia clínica que obra en el proceso, en la que se describe el procedimiento quirúrgico realizado.

AL HECHO DÉCIMO QUINTO: NO ES UN HECHO, es una valoración conceptual que realiza el demandante de la historia clínica de la paciente, cuya validez corresponde determinar al juez basado en las pruebas técnicas y científicas que se practiquen en el desarrollo del presente proceso.

En atención a lo anterior, vale la pena aclarar que mi representada no prestó atención directa a la paciente y nuestra obligación recae únicamente como aseguradora, luego es la IPS y el médico quienes intervinieron directamente en la prestación del servicio al paciente.

AL HECHO DÉCIMO SEXTO: NO ES UN HECHO, es una valoración conceptual que realiza el demandante de la historia clínica de la paciente, cuya validez corresponde determinar al juez basado en las pruebas técnicas y científicas que se practiquen en el desarrollo del presente proceso.

AL HECHO DÉCIMO SÉPTIMO: NO ES CIERTO, este hecho respecto de la autorización por parte de la EPS, tal como se indicó en el hecho décimo primero, décimo segundo y décimo tercero, la EPS autorizó la atención del paciente mediante Número de Evento (NAP) 2121067 para la atención integral del paciente.

AL HECHO DÉCIMO OCTAVO: NO ES CIERTO, este hecho respecto de la autorización por parte de la EPS, tal como se indicó hecho décimo primero, décimo segundo y décimo tercero y décimo séptimo, la EPS autorizó la atención del paciente mediante Número de Evento (NAP) 2121067, ahora bien, no le consta a mi representada el día del fallecimiento del paciente, dado que no hay claridad en la historia clínica, y de igual manera **no hay necropsia que describa el motivo o causa del fallecimiento del paciente.**

AL HECHO DÉCIMO NOVENO: NO ES CIERTO, este hecho respecto de las autorizaciones por parte de la EPS para las IPS Hospital Universitario San Ignacio, tal como se indicó en hechos anteriores, la EPS autorizó mediante Número de Evento (NAP) 2121067 y 2107901 para la atención integral del paciente. Son afirmaciones por parte del apoderado de la demandante

que carecen de sustento probatorio, toda vez que no aporta un dictamen pericial que indicará si los procedimientos se practicaron en debida forma o el estado de salud del paciente conforme a las enfermedades preexistentes pudo haber ocasionado la muerte.

Todas estas precesiones y afirmaciones deben ser probadas en el proceso para indilgar cualquier tipo de responsabilidad a mi representada.

AL HECHO VIGÉSIMO: NO ES HECHO, son afirmaciones y apreciaciones por parte del apoderado de la demandante de índole subjetivo que no cuenta con el sustento y soporte probatorio aportado en la presente demanda.

II. RESPECTO A LAS PRETENSIONES

PRIMERO: No se acepta y me opongo a la declaración administrativa, solidaria y extracontractualmente responsable COOMEVA EPS S.A, por los daños causados a los demandantes por la presunta falla en el servicio con ocasión de la atención médica asistencial prestada al señor **JUAN BUSTISTA MOLINA NIETO**, en razón a que no existe nexo causal entre el actuar de la EPS y el daño presuntamente causado, ya que no existe dentro del plenario presentado por la parte actora prueba sumaria que asegure que la EPS no cumplió a cabalidad sus funciones como asegurada dentro del Sistema general de Seguridad Social en Salud, o que se evidencie la negación de prestación de servicios de salud. Por el contrario, la EPS garantizó la totalidad de los servicios de salud que requirió el usuario expidiendo las autorizaciones correspondientes a las IPS donde se le prestó el servicio de salud.

Adicional la EPS no tiene personal médico adscrito, sino que contrata según las normas con IPS públicas o privadas para la prestación de los servicios medico asistenciales.

SEGUNDO: No se acepta y me opongo a la solicitud de condenar a COOMEVA EPS S.A a pagar por concepto de PERJUICIOS MORALES a los demandantes y en las cantidades descritas en la pretensión, en razón a que no existe nexo causal entre el actuar de la EPS y el daño presuntamente causados, adicional ello no se aporta prueba alguna sobre los presuntos PERJUICIOS MORALES alegados por el apoderado de la demanda.

No se acepta y me opongo a la solicitud de condenar a la EPS a pagar por concepto de PERJUICIOS MATERIALES a la demandante, toda vez que no obra dentro del proceso prueba alguna sobre la existencia de vínculo laboral que tuviera el señor **JUAN BUSTISTA MOLINA NIETO** con alguna empresa, luego no se comprende como la demandante solicita el pago de **CIENTO CINCUENTA MILLONES DE PESOS** (\$ 150.000.000), sin describir alguna fórmula valida para llegar a esa suma de dinero.

Adicional, **COOMEVA EPS** amparada bajo la figura de delegada del Sistema General de Seguridad Social en Salud, por cuenta del Estado, para prestar el Servicio Público de Salud, en la modalidad de garante de las afiliaciones, recaudo de las cotizaciones de los afiliados; dentro de sus funciones no están establecidas prestar el servicio de salud, pues no son Entidades dedicadas a la prestación de dichos servicios por definición, sino coordinar la prestación de los mismos. (Artículo 177 de la Ley 100 de 1993).

Dentro de los límites establecidos en el numeral 5 del artículo 180. Los servicios contenidos en el POS-S (hoy plan de beneficios) serán prestados a sus afiliados por medio de sus propias Instituciones Prestadoras de Salud, o podrán contratar con Instituciones Prestadoras y profesionales independientes o con grupos de práctica profesional, debidamente constituidos.

Por ello, solo son responsables en los términos señalados en la Ley 100 de 1.993 Art. 177, que define su naturaleza Jurídica y su límite de responsabilidad en la GARANTÍA de la prestación de servicio, no de la prestación de los mismos, que por definición le compete a las Instituciones Prestadoras de Salud.

III. ANALISIS DE LA RESPONSABILIDAD.

En los hechos relacionados en la demanda no se plasma un verdadero nexo causal entre los sucesos y el actuar o la responsabilidad de la EPS, ya que la información suministrada por la parte demandante carece de fundamento probatorio.

Nótese señor Juez que, en las pruebas aportadas en la presente contestación, se constata que no existió negación alguna de servicios por parte de la EPS. Por el contrario, esta actuó de forma diligente aplicando los principios de eficacia, eficiencia e idoneidad, ya que como se probará en el curso del proceso, no negó la prestación de los servicios de salud que requirió y que fue ordenada por los médicos tratantes y comentada a la EPS, del usuario **JUAN BUSTISTA MOLINA NIETO**, se expidieron las autorizaciones para las IPS conforme a los requerimientos que hacían las IPS que tuvieron el seguimiento el paciente.

Igualmente no se encuentra demostrado que la EPS., haya incurrido en algún daño o falla en el servicio, pues el personal adscrito a la empresa realizó, en lo tocante a sus funciones como EPS, el procedimiento estipulado para la atención de dicho caso y cumplió a cabalidad con las normas y disposiciones reguladoras sobre la materia; esto es la expedición de la autorizaciones correspondientes como se detalló en el acápite de los hechos y las pruebas aportadas en la presente contestación de demanda, por lo cual no puede ser atribuible una

presunta responsabilidad por hechos que devienen de meras afirmaciones de la accionante y de la cual no se observa acervo probatorio.

En cuanto a la presunta falla en el servicio, de acuerdo a los hechos narrados por parte del apoderado de la demandante, de existir esta sería atribuible a las INSTITUCIONES PRESTADORES DE SERVICIOS DE SALUD que atendieron al usuario, en el sentido que son los prestadores del servicio de salud los que tiene como obligación contar para la prestación del servicio médico y atención a los usuarios, con personal Idóneo, especializado, además con procesos y estructuras que permitan la interacción y gestión de los servicios y la representación del usuario, para la observación de la calidad y el cumplimiento de los protocolos de atención.

IV. EXCEPCIONES DE MÉRITO

4.1 FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA MATERIAL.

Antes de explicar el porqué de esta excepción, es necesario acotar que no se invoca respecto de la relación procesal existente (llamada falta de legitimación en la causa por pasiva de hecho) sino sobre la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio (llamada falta de legitimación en la causa por pasivo material), por ende, se invoca para ser resuelta como una **EXCEPCIÓN DE MÉRITO O FONDO** que deberá resolverse en la sentencia.

Al respecto, el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente¹:

“La primera se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, de manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda.”

¹ Ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera sentencia de 15 de junio de 2000; Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez; expediente No. 10.171; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintiocho (28) de abril de dos mil cinco (2005), Consejero ponente: Germán Rodríguez Villamizar, Radicación número: 66001-23-31-000-1996-03266-01(14178).

Por su parte, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda, independientemente de que dichas personas no hayan demandado o que hayan sido demandadas². De ahí que la falta de legitimación material en la causa, por activa o por pasiva, no enerve la pretensión procesal en su contenido, como sí lo hace una excepción de fondo, pues, como lo ha precisado la Sala,

“«[L]a excepción de fondo se caracteriza por la potencialidad que tiene, si se prueba el hecho modificativo o extintivo de la pretensión procesal que propone el demandado o advierte el juzgador (art. 164 C.C.A) para extinguir parcial o totalmente la súplica procesal.

*“La excepción de fondo supone, en principio, el previo derecho del demandante que a posteriori se recorta por un hecho nuevo y probado —**modificativo o extintivo del derecho constitutivo del demandante**— que tumba la prosperidad total o parcial de la pretensión, como ya se dijo.*

“La legitimación material en la causa activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado» (negrillas en el texto original, subrayas fuera de él)³.”

COOMEVA EPS S.A no está llamado a ser demandado en la presente acción, ya que no tiene vínculo alguno con la prestación Directa del servicio médico y la falla aludida por los demandantes, en los hechos y pretensiones no se evidencia, prueba o sustento de responsabilidad de la EPS por la presunta falla en servicio por negligencia médica en la atención prestada al señor **JUAN BUSTISTA MOLINA NIETO**.

COOMEVA EPS, autorizó todos los servicios en salud que solicitaron las IPS hoy también demandadas dentro del presente proceso, a partir del momento de su afiliación y más exactamente de la fecha en la cual devienen los hechos objeto de este litigio, concerniente en la toma de exámenes, tratamiento y atención particularmente en la IPS PROCARDIO.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2007); Referencia: 13.503; Radicación: 110010326000199713503 00.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil uno (2001); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación: 10973.

El personal adscrito a la empresa autorizó, en lo tocante a sus funciones como EPS, el procedimiento estipulado para la atención de dicho caso y cumplió a cabalidad con las Normas y Disposiciones reguladoras sobre la materia. Es así como, de encontrarse en las etapas pertinentes del proceso, alguna falla en el servicio de acuerdo a los hechos narrados por la parte actora, este sería atribuible a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud que atendieron al paciente, quien son las que tienen como funciones prestar la atención en salud de manera directa y realizar los procedimientos de acuerdo a cada caso en concreto.

Igualmente es preciso señalar que de las pruebas allegadas en la demanda no se infiere que COOMEVA EPS S.A hubiese omitido el suministro de los servicios médicos al usuario.

4.2. INEXISTENCIA DE CULPA, NI DE RELACIÓN DE CAUSALIDAD POR PARTE DE COOMEVA EPS S.A, ENTRE LA CONDUCTA Y/O ATENCIÓN DESPLEGADA POR LAS INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SERVICIO Y LOS POSIBLES DAÑOS QUE PUDO HABER SUFRIDO LOS DEMANDANTES, RIESGO INHERENTE Y PATOLOGÍAS DE BASE, DIVISIÓN DE LA RESPONSABILIDAD.

Fundó la excepción planteada en el hecho de que COOMEVA EPS, a través de su personal administrativo, desplegó a favor del señor **JUAN BUSTISTA MOLINA NIETO**, toda la eficacia, diligencia, cuidado, idoneidad, que requería, cuando precisamente y debido a su vinculación al régimen contributivo de salud fue que las instituciones de salud le prestaron los servicios médicos.

Con lo anterior se muestra la diligencia, cuidado, eficacia, idoneidad, oportunidad, principio de solidaridad y técnica se hicieron conforme a la ****lex artis**** y se dieron en los momentos precisos del tratamiento conforme a la evolución que iba mostrando a través del tiempo transcurrido durante la atención brindada, todo conforme a los protocolos y experticia técnica del personal médico tratante.

COOMEVA EPS S.A en su debido momento autorizó los servicios correspondientes mediante NAP al paciente, con miras a tratar el padecimiento del usuario en mención, y todo esto de conformidad con lo dictaminado por los médicos tratantes.

No obstante, lo anterior, resalto que COOMEVA EPS autoriza la prestación de los servicios a través de las IPS, la prestación de estos servicios médicos depende de esta última y no de la EPS. Razón por la cual no puede imputársele a COOMEVA EPS responsabilidad alguna por falla médica cuando no es un asunto que controle o disponga la EPS, esta afirmación se da en relación a cada uno de los hechos mencionados por el demandante en la presente demanda respecto de la atención médica brindada en cada institución de salud que asistió el paciente, y mas aún que en el expediente no se aporta dictamen pericial o necropsia que

indica los motivos de muerte del paciente, así las cosas no existe por parte de COOMEVA EPS negligencia, inoperancia y omisión en sus deberes como aseguradora.

Nótese señor Juez, que en el devenir de los hechos narrados por el demandante las situaciones que se presentan, ocurrieron en la misma Institución Prestadora de Servicios en Salud, quien es la que garantiza la atención directa de los servicios en salud, conforme a la autorización emitida por la EPS, descrita en los hechos y las pruebas aportadas en esta contestación de la demanda.

4.2.1 RIESGO INHERENTE, EVENTO ADVERSO Y PATOLOGÍAS DE BASE.

- Consideraciones generales.

En una sentencia relevante de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en un caso de colecistectomía laparoscópica, donde se consideró que la perforación de los intestinos era un riesgo inherente,⁴ expresó lo siguiente: *“resulta cuestionable que haya lugar a responsabilidad civil derivada del acto médico, cuando se materializa un riesgo que es propio, natural o inherente al procedimiento ofrecido. En estos casos, el daño causado no tiene el carácter de indemnizable, al no estar precedido de un comportamiento culposo”,* pues la profesión hipocrática aparece *“ciertos riesgos inherentes a la realización de ciertos procedimientos médicos, los cuales hacen que el daño derivado del acto médico no configure ninguna modalidad de culpa”*.

Por riesgos inherente, entiende la Corte aquellas *“las complicaciones, contingencias o peligros que se pueden presentar en la ejecución de un acto médico e íntimamente ligados con éste, sea por causa de las condiciones especiales del paciente, de la naturaleza del procedimiento, la técnicas o instrumentos utilizados en su realización, del medio o de las circunstancias externas, que eventualmente pueden generar daños somáticos o a la persona, no provenientes propiamente de la ineptitud, negligencia, descuido o de la violación de los deberes legales o reglamentarios tocantes con la lex artis”*.⁵

Estas precisiones doctrinales ratifican la filosofía de una sentencia anterior de la propia Corte, aditada el 26 de noviembre de 2010, donde se dijo: *“aquellos errores inculpables que se originan en la equivocidad o ambigüedad de la situación del paciente, o las derivadas de las reacciones imprevisibles de su organismo, o en la manifestación tardía o incierta de los síntomas, entre muchas otras, que pueden calificarse como **aleas de la medicina** no*

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia del 24 de mayo de 2017. Radicación 05001-31-03-012-2006-00234-01, SC7110-2017. M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona.

⁵ Ídem.

comprometen su responsabilidad [esto es, de los profesionales de la salud]".⁶ Los riesgos inherentes son pues, en pocas palabras, aleas de la medicina.

Posición que es ratificada por el Consejo de Estado, quien ha señala que aquellos procedimientos que dispone la medicina para mejorar o conservar la salud de un paciente *"conllevan riesgos de complicaciones, situaciones que, de llegar a presentarse, obligan al profesional de la medicina al agotamiento de todos los medios a su alcance, conforme a la lex artis, para evitar daños mayores y, de así hacerlo, en ningún momento se compromete su responsabilidad, incluso en aquellos eventos en los cuales los resultados sean negativos o insatisfactorios para la salud del paciente, a pesar de haberse intentado evitarlos en la forma como se deja dicho"*.⁷

- **Caso concreto.**

El resumen clínico del caso ya se presentó al hablar del caso concreto en la excepción anterior, de modo que resulta inútil reiterar lo allí expuesto. Por lo tanto, es pertinente únicamente agregar que las patologías de base y la materialización de riesgos inherentes excluyen todo tipo de responsabilidad de los médicos y de las entidades de salud, según se ha visto. De esta manera, los problemas de salud del usuario como: **bradicardia sinusal, diabetes mellitus e hipertensión arterial**, pudieron a ver generado algún tipo de secuelas o afectaciones neuronales, se deben estas al propio desarrollo de la enfermedad y, por lo mismo, las consecuencias de las mismas deben ser asumidas únicamente por el paciente, sin que puedan estos trasladar tales consecuencias a los médicos o a las entidades de salud que prestaron sus servicios.

Los eximentes de responsabilidad son todas aquellas situaciones que impiden que se concrete el deber de reparar en quien aparece como responsable el hacer desaparecer unos de los presupuestos de la responsabilidad extracontractual del Estado, tradicionalmente se ha considerado que cuando el hecho por el cual se demanda es imputable exclusivamente a un tercero, el demandado debe ser absuelto, porque desde el punto de vista jurídico, el daño no le puede ser imputada. Sin embargo, no cabe hablar propiamente del hecho del tercero como causal de exoneración, ya que lo primero que hay que probar es el presupuesto esencial de toda acción de responsabilidad, cual es de la imputabilidad del

⁶ Ídem. Negrillas fuera del original.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de marzo de 2011 (expediente 18947). Ratificada en Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Sentencia del veintiocho (28) de septiembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 05001-23-31-000-2006-02055-01 (43316). Negrillas por fuera del original.

hecho al demandado. Por el tercero debe entenderse cualquier persona diferente al deudor o causante del daño y que no tenga siquiera dependencia jurídica con el demandado. Esa dependencia jurídica se refiere también a cualquier otra persona que dependa jurídicamente del demandado.

En conclusión, para que el hecho de un tercero pueda proponerse como causal de exoneración, deberá ser completamente externo a la esfera jurídica del demandado.

La doctrina es unánime en considerar que el hecho de un tercero exonera totalmente al demandado, cuando pueda tenersele como causa exclusiva del daño, poco importa que sea culposo o no, lo que sí es necesario advertir es que debe ser imprevisible e irresistible, o sea, resumir las características de la causa extraña. El hecho de tercero como causa extraña no está expresamente contemplado en el Código Civil; sin embargo, su fundamentación se encuentra por vía interpretativa, en la definición de caso fortuito o fuerza mayor que da el Artículo 1 de la Ley 95 de 1890.

La medicina, se ha empezado a catalogar como una disciplina cuyo actuar es juzgado a partir de obligaciones de medio, y solo de manera excepcional, de obligaciones de resultado, teniendo en cuenta que, a diferencia de otras ciencias, no se puede garantizar con exactitud lo que pueda suceder con los actos médicos desplegados, pese a agotar todos los esfuerzos humanos y técnicos en la atención. Es así como en el asunto que nos convoca, se puede evidenciar un caso típico de evento adverso no previsible

Los eventos adversos podemos definirlos como la aparición o el empeoramiento de un signo, un síntoma o una condición médica indeseable que ocurre en los pacientes después de iniciar un estudio de investigación, inclusive si no tiene relación con algún fármaco o procedimiento del estudio.

Todo lo anterior nos lleva a recordar que, en punto de la clase de obligación por las cual se debe responder en materia médico asistencial, la misma es, como ya se había indicado de medio, teniendo en cuenta que el personal asistencial solo se obliga a brindar al acreedor cuidados especiales y diligentes tendientes a recuperar su salud, siendo entonces carga de los demandantes quienes tienen la carga de probar la culpa del médico por un tratamiento defectuoso para poder comprometer la responsabilidad de éste. Así, tan alejada se encuentra la parte demandante de poder probar los perjuicios padecidos, que al señor **JUAN BUSTISTA MOLINA NIETO**, realiza una argumentación basada en que existió una caída del cual no aporta acervo probatorio, sin realizar un estudio patológico, indicando sin sustento probatorio, sin hallazgos propios que evidencien efectivamente existió algún tratamiento alejado a los protocolos médicos.

Como es bien sabido dentro del ámbito de la responsabilidad es necesario que para su reconocimiento y declaratoria se identifiquen cierta clase de elementos, que permiten sin equivocación estructurar una imputación precisa y asertiva respecto de la obligación que surge de dicha responsabilidad.

Por tal razón y con apoyo en lo propuesto en la demanda, y en las pruebas que la acompañan, se advierte la falta de elementos constitutivos de dicha responsabilidad que relacionen los actos y actuaciones que desarrolla mi mandante la COOMEVA EPS S.A, por tal razón se procede a promover este medio de excepción con el fin de que el despacho reconozca la inexistencia de responsabilidad de mi representada respecto de las reclamaciones propuestas por los demandantes, veamos cuáles son esas razones:

Por regla general, la imputación de responsabilidad amerita la existencia de ciertos elementos que la constituyen como son: el daño, el hecho generador del daño (culpa), y relación de causalidad entre los dos elementos anteriores, la cual permite vincular y crear una relación de conexidad que determine la titularidad del imputado en la producción del resultado adverso determinado como daño

DE LA RELACIÓN JURIDICA ENTRE LAS PARTES

Para efecto de una mejor ilustración del asunto a resolver, es conveniente realizar un breve resumen acerca de las funciones que cumplen las empresas promotoras de salud (E.P.S), las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (I.P.S.) y las administradoras de riesgos profesionales (A.R.P.). La clasificación proveniente de la ley 100 de 1993, es pertinente para examinar la responsabilidad que le es endilgable a cada una de ellas y de este modo establecer la validez del reclamo que se realiza.

ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD.

De acuerdo con el artículo 178 de la ley 100 de 1993, las funciones de las E.P.S. son entre otras:

- 1. "Ser delegatarias del fondo de solidaridad y garantía para la captación de los aportes de los afiliados al sistema general de seguridad social en salud.*
- 2. Promover la afiliación de grupos de población no cubiertos actualmente por la seguridad social.*
- 3. Organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional. Las empresas promotoras de salud tienen la obligación de aceptar a toda persona que solicite afiliación y cumpla con los requisitos de ley.*

4. Definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las instituciones prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia.
5. Remitir al fondo de solidaridad y compensación la información relativa a la afiliación del trabajador y su familia, a las novedades laborales, a los recaudos por cotizaciones y a los desembolsos por el pago de la prestación de servicios.
6. Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las instituciones prestadoras de servicios de salud.
7. Las demás que determine el consejo nacional de seguridad social en salud.

De lo anterior, podemos concluir que la EPS tiene una función de puente entre la población y el sistema de seguridad social, garantizando la afiliación y cobertura del servicio en un primer momento y luego estableciendo los mecanismos necesarios para la atención “integral, eficiente, oportuna y de calidad” con las IPS, así lo entendió la jurisprudencia constitucional:

“Por su parte, el artículo 179 de la ley 100 dispuso que, para garantizar el Plan de Salud Obligatorio a sus afiliados, las EPS prestaran directamente o contrataran los servicios de salud con las Instituciones Prestadoras y los profesionales. Para racionalizar la demanda por servicios, las EPS podrán adoptar modalidades de contratación y pago, tales como “capitación, protocolos o presupuestos globales fijos”, de tal manera que incentiven las actividades de promoción y prevención y el control de costos.

Cabe señalar, que las Entidades Promotoras de Salud, definidas en el artículo 177 de la ley 100 de 1993 son las entidades responsables de la afiliación, el registro y la carnetización de los afiliados, así como del recaudo de sus cotizaciones por delegación de fondo de Solidaridad y Garantía, de la administración de recursos y de la contratación de los servicios para que se brinde el plan Obligatorio de Salud -P.O.S– a sus afiliados. Así entonces, la oferta de los servicios de salud corresponde a estas entidades.

En cuanto a la función general, a las EPS corresponde la afiliación de los usuarios y la administración de la prestación de los servicios por las IPS. Para estos efectos, podrán prestar servicios directos a sus afiliados por medio de sus propias Instituciones prestadoras de salud, o contratar con instituciones prestadoras y profesionales independientes o con grupo de práctica profesional, debidamente constituidos, pudiendo adoptar modalidades de contratación y ofrecer a sus afiliados varias alternativas de instituciones prestadoras de salud.

Por otra parte, su función esencial consiste en organizar y garantizar directa o indirectamente la prestación del plan obligatorio de salud a los afiliados y girar dentro de los términos legales, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes unidades de pago por capitación al fondo de solidaridad y garantía.

Con respecto a su responsabilidad, además de recaudar las cotizaciones y organizar la prestación de los servicios, las EPS están en la obligación de suministra dentro de los límites legales, a cualquier persona que desee afiliarse y pague la cotización o tenga subsidio correspondiente, el plan obligatorio de salud en los términos que señale el gobierno.

Dentro de sus funciones están: ser delegatarias del Fondo de solidaridad y garantía para la captación de aportes de los afiliados al sistema general de seguridad social en salud; promover la afiliación de grupos de población no cubiertos actualmente por la seguridad social, y organizar la forma y los mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional. Tiene además, la obligación de aceptar a toda persona que solicite la afiliación y cumpla con los requisitos de ley.

De acuerdo con la jurisprudencia de la corporación sobre la materia (Sentencia No. T-236 de 1996), las obligaciones para las entidades promotoras de salud fijan el alcance mínimo del derecho a la seguridad social para los afiliados y vinculados al sistema general de seguridad social en salud; pero a partir del mismo, esas entidades pueden contratar con sus afiliados a otras prestaciones complementarias o ampliar el contenido de las contempladas por la ley.”(1)

RÉGIMEN DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO

ARTICULO. 194.-Naturaleza. [Reglamentado por el Decreto Nacional 1876 de 1994.](#) *La prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las empresas sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo.*

ARTICULO. 195.-Régimen jurídico. [Reglamentado por el Decreto Nacional 1876 de 1994.](#) *Las empresas sociales de salud se someterán al siguiente régimen jurídico: [Ver art. 2, Decreto Nacional 1919 de 2002.](#)*

1. El nombre deberá mencionar siempre la expresión "empresa social del Estado".

2. *El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social.*
3. *La junta o consejo directivo estará integrada de la misma forma dispuesta en el artículo 19 de la Ley 10 de 1990.*
4. *El director o representante legal será designado según lo dispone el artículo 192 de la presente ley.*
5. *Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del capítulo IV de la Ley 10 de 1990.*
6. *En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.*
7. *El régimen presupuestal será el que se prevea, en función de su especialidad, en la ley orgánica de presupuesto, de forma que se adopte un régimen de presupuestación con base en el sistema de reembolso contra prestación de servicios, en los términos previstos en la presente ley.*
8. *Por tratarse de una entidad pública podrá recibir transferencias directas de los presupuestos de la Nación o de las entidades territoriales.*
9. *Para efectos de tributos nacionales, se someterán al régimen previsto para los establecimientos públicos.*

ARTICULO. 196.-Empresas sociales de salud de carácter nacional. *Transfórmese todas las entidades descentralizadas del orden nacional cuyo objeto sea la prestación de servicios de salud, en empresas sociales de salud.*

4.2.2. CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES POR PARTE DEL ASEGURADOR COOMEVA EPS. EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE OTRO.

- Consideraciones generales.

Los artículos 178 y 179 de la ley 100 de 1993 definen el marco funcional de las EPS. Específicamente el artículo 178 establece siete funciones principales de las EPS, entre las cuales cabe destacar las siguientes: “... 3. *Organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional. Las Empresas Promotoras de Salud tienen la obligación de aceptar a toda persona que solicite afiliación y cumpla con los requisitos de Ley.* 4. *Definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las Instituciones Prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia. (...)* 6.

Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud”.

Por su parte, el artículo 179 ídem indica que, para garantizar el plan de beneficios en salud, las EPSs *“prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las Instituciones Prestadoras y los profesionales”.*

Lo anterior se traduce en que COOMEVA EPS cumple sus obligaciones legales al autorizar los servicios y medicamentos comprendidos en el Plan de Beneficios y al poner al servicio de los afiliados una red de prestadores que se encarguen de la atención en salud como tal, incluyendo el diagnóstico y tratamiento de las diferentes afecciones padecidas por los usuarios.

Pretender lo contrario, sería hacer responsable a COOMEVA de una situación sobre la cual no tiene el control, pues, en efecto, el actuar de los médicos -piénsese, v.gr., el actuar desplegado en medio de una cirugía- es totalmente independiente y la EPS no tiene forma de vigilar o verificar que dichos galenos actúen de manera correcta, como sí lo puede hacer la IPS para la cual trabajan tales profesionales.

Por ello ha dicho la Corte Suprema de Justicia: *“Y, en consonancia con lo anterior, razonablemente ha dicho con contundencia la jurisprudencia patria que “si se prueba que el perjuicio se produjo por fuera del marco funcional que la ley impone a la empresa promotora, quedará desvirtuado el juicio de atribución del hecho a la EPS, lo que podría ocurrir, por ejemplo, si la atención brindada al cliente fue por cuenta de otra EPS o por cuenta de servicios particulares; si la lesión a la integridad personal del paciente no es atribuible al quebrantamiento del deber de acción que la ley impone a la empresa sino a otra razón determinante; o, en fin, si se demuestra que el daño fue el resultado de una causa extraña o de la conducta exclusiva de la víctima”.*⁸

Ahora bien, se dirá que el propio artículo 178.6 de la ley 100 indica que una de las funciones de las EPS consiste en establecer *“procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud”.* Para responder a este contraargumento habría que indicar lo siguiente: primero, dicha norma habla de procedimientos de control sobre las IPS y **no sobre los actos ultra específicos que puedan realizar los médicos**, que es lo que importa para resolver el caso concreto, pero, especialmente, dichos procedimientos fueron desarrollados por COOMEVA EPS al realizar una labor de escogencia de una IPS debidamente habilitada y

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia 30 de septiembre de 2016, SC13925-2016, radicación: 05001-31-03-003-2005-00174-01. Magistrado Ponente: Dr. Ariel Salazar Ramírez. Negrillas fuera del original.

con la infraestructura para prestar el respectivo servicio en términos de calidad e integralidad. De este modo, el art. 178.6 establece una obligación de cuidado, pero en ningún momento contiene un criterio de atribución de un daño, que son cuestiones distintas. Es decir, el artículo 178.6 impone la realización de procedimientos para controlar la calidad y atención en salud, pero jamás le impone a una EPS que, en el eventual caso de que un médico llegase a vulnerar la *lex artis*, entonces ésta sea responsable por el actuar de ese médico.

Siendo así las cosas, en caso de que el Despacho quisiera hacer responsable a COOMEVA EPS por hechos cometidos por terceros como lo son los médicos que participaron en las diferentes intervenciones quirúrgicas o de cuidados postoperatorios (obviamente, si no prosperaran las excepciones antes enunciadas), debe aceptarse que, a la persona que se le imputa responsabilidad por el hecho de otro, tiene derecho a exonerarse probando la debida diligencia y mostrando que, inclusive desplegando mecanismos de control y vigilancia, el otro tercero igual hubiese cometido el hecho que se imputa. Es precisamente el principio que trae el Código Civil que, al consagrar la responsabilidad de los padres o empleadores por el hecho ajeno a ellos pero derivado de personas que tienen a cargo (hijos o empleados), les permite exonerarse probando que inclusive a pesar de su cuidado y diligencia el hecho hubiese igualmente ocurrido: *“Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho”*.⁹

- **Caso concreto.**

Frente al caso en concreto basta indicar que COOMEVA EPS dio cumplimiento cabal a la totalidad de las obligaciones que le impone la legislación: i) en primer lugar, dispuso de una red de instituciones prestadores del servicio de salud, debidamente habilitadas e idóneas para prestar el servicio de salud, en las cuales se atendió al paciente; ii) en segundo lugar, cuando fue necesario realizar la remisión se realizó a las IPS que contaban con la habilitación correspondiente; iii) en tercer lugar, el servicio prestado fue siempre de calidad y acorde con las diferentes patologías del señor **JUAN BUSTISTA MOLINA NIETO**, tal y como se expuso ya ampliamente al responder los hechos y en el resumen clínico de la atención brindada.

4.2.3 DIVISIÓN DE LA RESPONSABILIDAD.

Señala el artículo 140, último inciso, del CPACA que en *“todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se*

⁹ Artículo 2347 del Código Civil.

determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño”.

La primera y más relevante conclusión del mencionado precepto es la derogatoria, para los procesos que se adelanten ante la jurisdicción contencioso, del artículo 2344 del Código **Civil**: *“Si de un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa”.* Desaparece así en lo contencioso esta importante norma de la solidaridad entre los causantes de un hecho dañoso, pues, conforme el citado art. 140 ídem (claro está, en caso de que no llegasen a prosperar las excepciones atrás mencionadas) jamás podrá ser COOMEVA EPS S.A condenada solidariamente por hechos donde hayan participado causalmente otros demandados, pues, en tal caso, se impone **la división de la condena** conforme la participación causal de cada uno de los demandados o de los participantes en el daño que se alega en la demanda. No a otra conclusión es posible llegar cuando el citado artículo 140 indica que *“en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal”.*

De esta manera, corresponde entrar a determinar la preponderancia causal de cada uno de los demandados o de la propia víctima inclusive, para que se fije el respectivo porcentaje de responsabilidad, pues no parece razonable y contraría el fin de la disposición señalada que, sí, por ejemplo, algún demandando causó preponderantemente el daño, los demás involucrados tengan que asumir en proporciones iguales la indemnización del daño. Así, a mayor preponderancia causal, mayor responsabilidad.

A modo de sustento de lo anterior, es posible citar una sentencia del Consejo de Estado que, si bien no aplicó expresamente el inciso cuarto del artículo 140 del CPACA, sirve para ilustrar el principio contenido en dicha norma.¹⁰

Así, en la sentencia que se comenta, el Consejo de Estado, Sección Tercera, dividió la responsabilidad entre las dos demandadas conforme a su participación causal, que encontró mayor en una de ellas. Dijo el Alto Tribunal: *“En conclusión, la Sala estima que la sentencia apelada deberá ser revocada en el sentido de declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento del Tolima y de declarar la responsabilidad del Hospital Federico Lleras Acosta y del Nuevo Hospital la Candelaria ESE de Purificación en un porcentaje del 70% al encontrarse que existió mayor grado de responsabilidad de su parte y del 30% al evidenciarse que su responsabilidad en la muerte de la víctima fue menor, respectivamente”.*

¹⁰ Ver, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Sentencia del dieciséis (16) de febrero de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 73001-23-31-000-2003-02431-01(33037).

Por lo anterior, comoquiera que dentro del proceso son varios los demandados (se, aclara en la remota posibilidad de fulminarse una sentencia condenatoria) se deberá, estudiando la participación causal de cada uno de ellos, dividir la responsabilidad tal y como lo manda el inciso 4 del artículo 140 del CPACA y como lo hizo el Consejo de Estado, Sección Tercera, en la sentencia citada de 16 de febrero de 2017.

4.3. AUSENCIA DE LOS PRESUPUESTOS CONSAGRADOS EN EL ARTÍCULO 90 DE LA CONSTITUCION POLÍTICA PARA INTEGRAR A LA LITIS A COOMEVA EPS S.A

Como es por todos sabido, para que exista responsabilidad del Estado de acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Política, se requiere de imprescindibles elementos, presupuestos constitutivos de dicha Responsabilidad, tales como el daño antijurídico y la imputabilidad del daño a un órgano del Estado.

-DAÑO ANTIJURIDICO:

Entendido jurisprudencialmente como el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien, en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc., suponiendo la destrucción o disminución de ventajas, o beneficios patrimoniales o extra patrimoniales de que goza un individuo, sin que el ordenamiento jurídico le haya impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carezca de causales de justificación (Consejo de Estado – Sección tercera, sentencia del 27 de enero del 2000, MP: Alier E. Hernández Enríquez).

En similares términos tenemos:

Daño o Perjuicio: Que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho bien sea civil, administrativo, etc., con las características generales predicadas en el derecho privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable, etc.,

El daño antijurídico según los demandantes, supuestamente incurrió COOMEVA EPS S.A NO ESTA DEMOSTRADO en el presente caso, pues el personal adscrito a la empresa realizó como se indicó anteriormente, en lo tocante a sus funciones como EPS, todo el procedimiento estipulado para la atención de dicho caso y cumplió a cabalidad con las normas y disposiciones reguladoras sobre la materia, particularmente con la expedición de las autorizaciones para la atención del paciente.

Los hechos narrados por la parte actora, de ser totalmente comprobados dentro del proceso, dan cuenta obviamente de una situación lamentable, pero que no puede calificarse como culpa de una institución que equivocadamente figura como demandada, como lo es COOMEVA EPS S. A, que en todo momento cumplió con sus obligaciones como Administradora de los recursos y Gestión del Servicio de Salud.

En ese orden de ideas, por lo menos en lo que a nuestra empresa concierne, no se vislumbra la supuesta falla médica o mal procedimiento aludida por la parte actora.

-IMPUTABILIDAD DEL DAÑO:

Según lo ha entendido y explicado la sección Tercera del Concejo de Estado, “imputar es atribuirle el daño que padeció la víctima al Estado, circunstancia que se constituye en condición *sine qua non* para declarar la responsabilidad patrimonial de este último... la imputación del daño al Estado depende, en este caso, de que su causación obedezca a la acción o a la omisión de las autoridades públicas en desarrollo del servicio público que, sin conexión con el servicio, causa un daño” (sentencia del 21 de octubre de 1999, expediente 10948, MP: Alier Eduardo Hernández)

En similares términos tenemos:

Actuación de la administración: para que una persona pública pueda ser considerada responsable de algo, debe haberse producido ante todo una actuación que le sea imputable, es decir, una conducta de la cual esa persona pública haya sido autora. Para que surja la obligación de reparar el daño, se requiere en principio que la actuación pueda calificarse de alguna forma como irregular.

La irregularidad de la actuación de la administración se traduce en lo que se ha denominado una culpa, falta o falla en el servicio, o culpa de la administración.

Como se puede apreciar la vinculación de COOMEVA EPS S.A al presente proceso administrativo, tampoco reúne este requisito *SINE QUA NON*, por cuanto como ya se ha expresado ampliamente a lo largo de este escrito, COOMEVA EPS S.A es una entidad de derecho privado y no público, así que cualquier acción que hipotéticamente se intentara iniciar en contra de la EPS, forzosamente tendría que tramitarse bajo otra jurisdicción diferente a la administrativa, es decir, la Jurisdicción competente para el efecto. En ese orden de ideas, no se vislumbra precedente declarar responsable a COOMEVA EPS S.A por falla del servicio bajo los presupuestos del art. 90 de la carta, por la sencilla razón de que, no se llenan esos requisitos, al no ser esta una institución de derecho público, que no

pertenece al Estado sino a los organismos de naturaleza jurídica privada y que, además, no ha cometido daño antijurídico contra los demandantes.

4.4. FUERZA MAYOR.

Fundo esta excepción en que en ningún momento puede endilgársele a COOMEVA EPS S.A como responsable por los presuntos daños y perjuicios causados a los demandantes por cuanto nunca hubo falla en el servicio, sino que desafortunadamente para los actores de esta acción, las lesiones de la paciente obedecieron a una situación totalmente ajena, irresistible e imprevisible para la empresa que represento.

Así las cosas, no puede predicarse que exista nexo causal entre el actuar de COOMEVA EPS, y el resultado dañoso que alega la parte demandante y las situaciones de hecho en que se fundamentan las pretensiones de la demanda que permitan predicar responsabilidad entre la parte que represento.

4.5. INEXISTENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD EN EL ACTUAR DE COOMEVA EPS S.A Y LOS PRESUNTOS DAÑOS QUE SE PRETENDE ENDILGAR A LA CONDUCTA DE MI REPRESENTADA.

Para que exista responsabilidad de mi representada debe demostrarse que COOMEVA EPS S.A. con su actuar fue la generadora del daño que se imputa y que el daño imputado, que en el caso que nos ocupa y de acuerdo con lo descrito por la activa en el líbello demandatorio corresponde a la falla en el servicio médico asistencial que se le brindó al señor **JUAN BUSTISTA MOLINA NIETO**, atenciones estas, que de acuerdo con el dicho por el apoderado del demandante fueron adelantadas por el personal médico de las Instituciones Prestadoras de Servicio.

Es menester precisar que del análisis de las pruebas que se aportaron con el líbello introductorio del presente proceso, se desprende con basta claridad que, en primera instancia en todo momento el personal médico ajustó sus actuaciones a la lex artis, motivo por el cual se aleja de la realidad fáctica y probatoria el afirmar que no se brindó una atención oportuna y prioritaria, en el entendido que conforme se presentaba la evolución del paciente el personal médico que intervino en su atención, dio cumplimiento a los protocolos requeridos en cumplimiento del principio de beneficencia de la actividad médica, la cual fue brindada siempre en la red de prestadores. Aunado a lo anterior es importante resaltar que, COOMEVA EPS S.A. brindó las autorizaciones pertinentes para atenciones, exámenes, intervenciones que le fueron ordenadas por los diferentes profesionales de la salud que atendieron al paciente **JUAN BUSTISTA MOLINA NIETO** en

procura de la recuperación de su salud, esto en cumplimiento de las obligaciones que su rol como asegurador en salud le impone la ley.

La Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 20 de junio de 2011, hace referencia a la obligación de la prueba de la relación de causalidad entre el acto culposo y el daño para que proceda la declaración de responsabilidad, la mencionada providencia expresa:

“Sobre la importancia de ese requisito resulta ilustrativo citar el criterio de la Corte expuesto en sentencia del 24 de septiembre de 2009 Exp. 2005-a 00060-01, la que en lo pertinente dijo: “(...) en cuanto toca con la relación causal, ha de verse cómo de modo inveterado se ha dicho que ella hace referencia al enlace que debe existir entre un hecho antecedente y un resultado consecuente, de donde la determinación del primero puede dar lugar a establecer la autoría material del daño; por su conducto se pretende entonces hallar una relación de causa a efecto entre el perjuicio y el hecho del sujeto de derecho o de la cosa a quien se atribuye su producción; se trata, por tanto, de establecer si una lesión proviene como consecuencia de un determinado hecho anterior, de suerte que al hablar de ella se hace referencia a la causa del daño que tiene relevancia jurídica. La valía de este presupuesto no ha de ser ignorada habida cuenta que, como es suficientemente conocido, no se puede atribuir responsabilidad sin que de manera antelada se haya acreditado a plenitud la autoría del perjuicio; ello es así porque como ‘el daño cuya reparación se pretende debe estar en relación causal adecuada con el hecho de la persona o de la cosa a las cuales se atribuye su producción’, emerge ‘necesaria la existencia de ese nexo de causalidad’ ya que, ‘de otro modo’, podría darse la eventualidad de que se atribuyera ‘a una persona el daño causado por otro o por la cosa de otro’; de allí que la relación causal, cual presupuesto ‘del acto ilícito y del incumplimiento contractual, (...) vincula el daño directamente con el hecho, e indirectamente con el elemento de imputación subjetiva o de atribución objetiva’, y se constituye en ‘el factor aglutinante que hace que el daño y la culpa, o en su caso el riesgo, se integren en la unidad del acto que es fuente de la obligación de indemnizar’; es, en fin, ‘un elemento objetivo porque alude a un vínculo externo entre el daño y el hecho de la persona o de la cosa’ (BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil, 9ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, pag. 267)”. “(...) “Al unísono con la doctrina, la jurisprudencia ha expresado de manera reiterada y uniforme ‘que el nexo causal entre la conducta imputable al demandado y el efecto adverso que de ella se deriva para el demandante, debe estar debidamente acreditado porque el origen de la responsabilidad gravita precisamente en la atribución del hecho dañoso’ a aquél, o sea, que ‘la responsabilidad supone la inequívoca atribución de la autoría de un hecho que tenga la eficacia causal suficiente para generar el resultado, pues si la incertidumbre recae sobre la existencia de esa fuerza motora del suceso, en tanto que se ignora cuál fue la verdadera causa desencadenante del fenómeno, no sería posible endilgar responsabilidad al demandado’; en compendio, ‘para que la pretensión de responsabilidad civil ... sea próspera,

el demandante debe acreditar, además del daño cuyo resarcimiento persigue, que tal resultado tuvo por causa directa y adecuada, aquella actividad imputable al demandado y de la que sobrevino la consecuencia lesiva, de lo cual se desprende que ausente la prueba de la relación de causalidad, las pretensiones estarían destinadas al fracaso' (...)"

4.6. AUTONOMÍA DE LAS IPS EN LA PRESTACIÓN DE ATENCIONES EN SALUD

Tal como lo indica el demandante en su relato de los hechos y lo ratifica en los anexos que aporta al proceso, todos los actos médicos y administrativos brindados al señor **JUAN BUSTISTA MOLINA NIETO**, fueron brindados en virtud del aseguramiento en salud a través de las Instituciones Prestadoras de Servicio, así son situaciones que revelan que las conductas y actuaciones sobre las que se sustenta el presunto daño demandado, fueron desarrollados por un agente ajeno a COOMEVA EPS, instituciones que por demás cuentan con habilitación de servicios concedida por parte de la Secretaría de Salud correspondiente.

En este orden de ideas, no puede pretenderse imputar a mí representada una responsabilidad que tiene su origen en un hecho distinto de los que esta ejecuta no solo en la práctica, sino por mandato legal, es decir, dentro de un escenario de hipotética responsabilidad, la misma sólo podría recaer sobre otros agentes del sistema, razón por la cual y bajo los presupuestos sustanciales que enmarcan la responsabilidad individual, al estar el hecho generador del daño reclamado endilgado a una instituciones distintas de mi representada, se rompe el nexo causal que pudiere existir entre estos, por medio del cual se permitiría descartar cualquier declaración de responsabilidad a cargo de mi representada.

Como se indicó anteriormente, para que sea imputable a mi representada responsabilidad en el daño perpetrado y reclamado por la parte actor, es necesaria la identificación de sus elementos, principalmente la relación de causalidad, la cual, en atención a la comentada participación ajena (tal como está ampliamente probado en este proceso) por parte de las Instituciones Prestadoras de Servicio, lo cual constituye el factor generador del presunto daño alegado por los demandantes, hace que la relación de causalidad respecto de las acciones propias de la EPS sea poco observable, dándose entonces circunstancias de orden fáctico, que tanto la jurisprudencia como la doctrina han fijado para la existencia de un eximente de responsabilidad.

4.7. FALTA DE PARTICIPACIÓN EN EL ACTO MÉDICO Y ASISTENCIAL POR PARTE DE COOMEVA EPS S.A.

Como ya se ha dicho de manera reiterada, la entidad demandada que represento, en su calidad de Entidad Promotora de Salud no participa de manera directa en la ejecución de

los actos médicos y asistenciales que la activa describe como soporte de la falla en el servicio, objeto de la indemnización que persigue, toda vez que la responsabilidad en la prestación de dicho servicio recae sobre cada una de las instituciones prestadoras de salud IPS o ESE y de los profesionales de la salud que integran el equipo médico, siempre y cuando se aparte de la *lex artis*.

Así pues, la prestación de servicio realizada por la ESE o por la IPS se encuentra basada en principios tales como la autonomía, responsabilidad y en el criterio técnico y científico asumido por cada uno de los integrantes del equipo de médico que lo conforma, advirtiéndose que al momento mismo de constituirse en prestador de servicios de salud, este debe acreditar cumplir con los requisitos señalados por la Ley 100 de 1993, a saber:

“Artículo 185. Instituciones prestadoras de servicios de salud. Son funciones de las instituciones prestadoras de servicios de salud prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente ley. Las instituciones prestadoras de servicios deben tener como principios básicos la calidad y la eficiencia, y tendrán autonomía administrativa, técnica y financiera”.

Además propenderán por la libre concurrencia en sus acciones, proveyendo información oportuna, suficiente y veras a los usuarios, y evitando el abuso de posición dominante en el sistema. Están prohibidos todos los acuerdos o asociaciones o sociedades científicas, y de profesionales o auxiliares del sector salud, o al interior de cualquiera de los anteriores, que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de servicios de salud, o impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud.

Para que una entidad pueda constituirse como institución prestadora de servicios de salud deberá cumplir con los requisitos contemplados en las normas expedidas por el Ministerio de Salud.”

Lo anterior quiere decir que las IPS o ESE son autónomas administrativa, técnica y financieramente, y que los actos ejecutados por su personal médico son discrecionales, por tanto no involucran en ninguna de las etapas la participación efectiva de mi representada COOMEVA EPS, exonerándose así de cualquier imputación mediante la cual se pretenda responsabilizarla y que en consecuencia se condene al pago de alguna indemnización, por su falta de participación en la ejecución los actos médicos y porque dentro de sus funciones está excluida la prestación directa del servicio de salud.

4.8. ACTUACIONES PRUDENTES Y DILIGENTES POR PARTE DE LOS AGENTES DEL SISTEMA DE SALUD

Continuando con lo que ya se venía diciendo, podrá el señor juez verificar dentro de las pruebas, que COOMEVA EPS, dio cabal cumplimiento a las obligaciones que la ley le ha impuesto. Así, nunca se incumplió por parte de mi representada su deber de garantizar los servicios de salud al usuario mediante la expedición de las autorizaciones requeridas, por el contrario, de manera mancomunada con los centros hospitalarios, se le brindaron todos los servicios al mencionado paciente, todo en aras de lograr la recuperación de su salud.

Es necesario recordar, que a diferencia de lo que cree el demandante, COOMEVA EPS, NO PRESTA SERVICIOS DE SALUD MANERA DIRECTA, por lo que es válido mencionar una importante característica del Sistema General de Seguridad Social en Salud, contemplado en el artículo 156 de la ley 100 de 1993 "e) Las entidades promotoras de salud tendrán a cargo la afiliación de los usuarios y la administración de la prestación de los servicios de las instituciones prestadoras. Ellas están en la obligación de suministrar, dentro de los límites establecidos en el numeral 5º del artículo 180, a cualquier persona que desee afiliarse y pague la cotización o tenga el subsidio correspondiente, el plan obligatorio de salud, en los términos que reglamente el gobierno", esto con el fin de hacer claridad que dichos mandatos legales fueron cumplidos a cabalidad por mi representado. Así mismo, al revisar la misma norma, encontramos desde la definición de ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD, que la obligación primaria es "organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes unidades de pago por capitación al fondo de solidaridad y garantía, de que trata el título III de la presente ley"², y de manera siguiente, se establecen entre otras funciones: "... 3. Organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional. Las empresas promotoras de salud tienen la obligación de aceptar a toda persona que solicite afiliación y cumpla con los requisitos de ley. 4. Definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las instituciones prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia..."³ Todo lo anterior tiene por objeto, ilustrar al señor juez, al momento que se contrasten las normas antes citadas, con las situaciones fácticas esgrimidas, momento en el cual podrá verificar que mi representada siempre estuvo sujeta al imperio de la ley.

De otro lado, no puede perderse de vista, que, a la paciente, se le garantizaron de manera oportuna e idónea la prestación de todos los servicios médicos, en Instituciones Prestadoras

de Salud debidamente habilitadas, con las autorizaciones de los tratamientos y servicios ordenados por los médicos tratantes a fin de procurar la satisfactoria recuperación de su salud.

4.9. LAS EXCEPCIONES QUE RESULTEN PROBADAS

De conformidad con lo previsto en el artículo 282 del C.G.P., aplicable al procedimiento administrativo por remisión expresa del C.P.A.C.A., cuando el juez halle probados los hechos que constituyan una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia.

V. FUNDAMENTOS JURIDICOS.

5.1. Auto 25416 de junio 10 de 2004, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, RESPONSABILIDAD ESTATAL, POR FALLA EN EL SERVICIO MÉDICO ASISTENCIAL.

Un primer momento en la evolución jurisprudencial sobre la responsabilidad por el servicio médico asistencial, exigía al actor aportar la prueba de la falla para la prosperidad de sus pretensiones, por considerar que se trataba de una obligación de medio y, por lo tanto, de la sola existencia del daño no había lugar a presumir la falla del servicio.

No obstante, en la última década se introdujeron algunos criterios con el objeto de morigerar la carga de la prueba de la falla del servicio, aunque siempre sobre la noción de que dicha falla era el fundamento de la responsabilidad de la administración por la prestación del servicio médico.

El primer desarrollo del problema estuvo referido a la aceptación de la prueba de la falla del servicio por inferencia, es decir, a través de la acreditación de las circunstancias que rodearon el caso concreto, de acuerdo con las cuales pudiera el juez deducir dicha falla (falla virtual), en aplicación del principio *res ipsa loquitur* (las cosas hablan por sí solas).

En sentencia de octubre 24 de 1990, expediente 5902, se empezó a introducir el principio de presunción de falla del servicio médico, que posteriormente sería adoptado de manera explícita por la sección. En esa providencia se consideró que el artículo 1604 del Código Civil debía ser aplicado también en relación con la responsabilidad extracontractual y en consecuencia, la prueba de la diligencia y cuidado correspondía al demandado en los casos de responsabilidad médica.

La presunción de falla del servicio médico que con esta posición jurisprudencial se acogió, fue reiterada en decisión del 30 de junio de 1992, expediente 6897, pero con una

fundamentación jurídica diferente, la cual hacía referencia a la posibilidad en que se encuentran los profesionales, dado su “conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta”, de satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que puedan formularse contra sus procedimientos.

Más recientemente, la Sala 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. Ha dicho la Sala:

“... no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas y científicas. Habrá que valorar en cada caso, si estas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio”

Ahora bien, las dificultades que afronta el demandante en los eventos de responsabilidad médica que han motivado, por razones de equidad, la elaboración de criterios jurisprudenciales y doctrinales tendentes a morigerar dicha carga, no solo se manifiestan en relación con la falla del servicio, sino también respecto a la relación de causalidad. En cuanto a este último elemento, se ha dicho que cuando resulte imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, no solo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación, “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia”(5), es decir, que la relación de causalidad queda probada “cuando los elementos de juicio suministrados conducen a ‘un grado suficiente de probabilidad’(6)”.

Al respecto ha dicho la doctrina:

“En términos generales, y en relación con el ‘grado de probabilidad preponderante’, puede admitirse que el juez no considere como probado un hecho más que cuando está convencido de su realidad. En efecto, un acontecimiento puede ser la causa cierta, probable o simplemente posible de un determinado resultado.

El juez puede fundar su decisión sobre los hechos que, aun sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que presentan un grado de

probabilidad predominante. No basta que un hecho pueda ser considerado solo como una hipótesis posible. Entre los elementos de hecho alegados, el juez debe tener en cuenta los que le parecen más probables. Esto significa sobre todo que quien hace valer su derecho fundándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un daño, no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica. Basta con que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe una prueba directa llegue a la convicción de que existe una ‘probabilidad’ determinante”.

Debe advertirse que para que haya lugar a la reparación no es necesario acreditar que una adecuada prestación del servicio médico asistencial hubiera impedido el daño, pues basta con establecer que la falla del servicio le restó al paciente oportunidades de sobrevivir o de curarse. Se trata, en este caso, de lo que la doctrina ha considerado como la “pérdida de una oportunidad”. Al respecto dice Ricardo de Ángel Yagüez:

“Es particularmente interesante el caso sobre el que tanto ha trabajado la doctrina francesa, esto es, el denominado la perte d’une chance, que se podría traducir como ‘pérdida de una oportunidad’. Chabas ha hecho una reciente recapitulación del estado de la cuestión en este punto, poniendo, junto a ejemplos extraídos de la responsabilidad médica (donde esta figura encuentra su más frecuente manifestación), otros como los siguientes: un abogado, por negligencia no comparece en un recurso y pierde para su cliente las oportunidades que este tenía de ganar el juicio; un automovilista, al causar lesiones por su culpa a una joven, le hace perder la ocasión que esta tenía de participar en unas pruebas para la selección de azafatas.

Este autor señala que en estos casos los rasgos comunes del problema son los siguientes:

1. Una culpa del agente. 2. Una ocasión pérdida (ganar el juicio, obtención del puesto de azafata), que podía ser el perjuicio. 3. Una ausencia de prueba de la relación de causalidad entre la pérdida de la ocasión y la culpa, porque por definición la ocasión era aleatoria. La desaparición de esa oportunidad puede ser debida a causas naturales o favorecidas por terceros, si bien no se sabrá nunca si es la culpa del causante del daño la que ha hecho perderla: sin esa culpa, la ocasión podría haberse perdido también. Por tanto, la culpa del agente no es una condición sine qua non de la frustración del resultado esperado.

En el terreno de la medicina el autor cita el caso de una sentencia francesa. Una mujer sufría hemorragia de matriz. El médico consultado no diagnóstica un cáncer, a pesar de datos clínicos bastante claros. Cuando la paciente, por fin, consulta a un especialista, es demasiado tarde; el cáncer de útero ha llegado a su estado final y la enferma muere. No se puede decir que el primer médico haya matado a la enferma. Podría, incluso tratada a

tiempo, haber muerto igualmente. Si se considera que el perjuicio es la muerte, no se puede decir que la culpa del médico haya sido una condición sine qua non de la muerte.

Pero si se observa que la paciente ha perdido ocasiones de sobrevivir, la culpa médica ha hecho perder esas ocasiones. El mismo razonamiento se puede aplicar a un individuo herido, al que una buena terapia habría impedido quedar inválido. El médico no aplica o aplica mal aquella terapéutica, por lo que la invalidez no puede evitarse. El médico no ha hecho que el paciente se invalide, solo le ha hecho perder ocasiones de no serlo”.

Se destacan, además, algunas precisiones que Francois Chabas ha realizado al respecto:

i) Se requiere que la víctima haya tenido una oportunidad, un áleas, lo cual implica que: a) “la víctima no tenía más que una esperanza: la de ver realizarse un evento benéfico... En la pérdida de una oportunidad, el proceso que podía conducir a la pérdida de la ‘ventaja esperada’ está generalmente iniciado. Es así como hablaremos de la pérdida de una oportunidad de sobrevivir para aquel que no tiene sino oportunidades de no morir. Y ello es paradójicamente diferente de la situación de quien tiene oportunidades de morir. El áleas no es la misma cosa que el riesgo” y b) la oportunidad debía existir, ser real y no meramente hipotética.

ii) Que por culpa del agente se haya perdido esa oportunidad. Debe existir relación causal entre la conducta del agente y la pérdida de esa oportunidad, que no es lo mismo que establecer el vínculo causal entre la culpa del agente y la pérdida de la ventaja esperada. Por lo tanto, no puede hablarse de pérdida de oportunidad cuando se desconoce la causa de la pérdida de la ventaja, causa que pudo ser la culpa del agente. “Está entonces prohibido, sobre todo, recurrir a la teoría de la pérdida de una oportunidad cuando el médico no ha hecho más que aumentar un riesgo**

iii) “Cuando el perjuicio es la pérdida de una oportunidad de sobrevivir, el juez no puede condenar al médico a pagar una indemnización igual a la que debería si él hubiera matado realmente al enfermo. El razonamiento es el mismo cuando la ‘ventaja esperada’ es diferente de la supervivencia, como, por ejemplo, ganar un proceso.

El juez debe hacer que la reparación sea proporcional al coeficiente de oportunidades que tenía el paciente y que este ha perdido... Se examina cuántas oportunidades tenía el paciente de no sufrir este otro perjuicio; se calcula la indemnización según esas oportunidades, pero tomando como base la suma que habría servido para indemnizar por la muerte o por la pérdida cierta de cualquiera otra ‘ventaja esperada”.

En síntesis, puede afirmarse que, en muchos eventos, el demandante puede ser relevado por el juez de acreditar la falla del servicio médico, en aplicación del principio de la carga dinámica de las pruebas o bien a través de una inversión de la carga de las mismas, en consideración al alto grado de dificultad que representa para este acreditar hechos de carácter científico o realizados en condiciones en las cuales únicamente el profesional médico pueda tener acceso a la información.

De igual manera, en algunos eventos no se requerirá que la prueba aportada por el demandante genere certeza sobre la existencia de la relación causal, pues en consideración a la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados, el juez puede darla por establecida con la probabilidad preponderante de su existencia.

En todo caso, para que proceda la declaración de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico, el demandante debe acreditar la prestación del servicio médico asistencial o la omisión de dicha asistencia cuando esta ha sido requerida y existía el deber de prestarla; así como el daño sufrido por esa causa.

VI. PETICION

Por todo lo anterior solicito desestimar el medio de control de la acción de reparación directa incoada por los demandantes y se declare que **COOMEVA E.P.S S.A ., NO ES RESPONSABLE**, de los hechos narrados en la demanda, por no tener sustento fáctico ni jurídico.

De igual manera, se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandante.

VII.PRUEBAS

Solicito respetuosamente al señor Juez, se sirva tener, decretar y practicar como pruebas las siguientes:

I. PRUEBAS

Solicito se tengan como pruebas:

A. DOCUMENTALES:

- Relación total de autorizaciones expedidas por COOMEVA E.P.S al señor **JUAN BAUTISTA MOLINA NIETO**

- Poder para actuar
- Certificado de Existencia y Representación Legal de COOMEVA EPS S.A

B. TESTIMONIOS.

Solicito el testimonio del **DR. MARIO C BENEDETTI ARZUZA**, Medico Auditor de COOMEVA EPS, o la persona que haga sus veces al momento del decreto que esta prueba, para que rinda su testimonio en torno a las autorizaciones, ordenamientos de medicamentos, citas con especialistas y procedimientos quirúrgicos a favor del Sr **JUAN BAUTISTA MOLINA NIETO**; así como el cumplimiento de COOMEVA EPS de todas las obligaciones legales a su cargo respecto de la atención médica recibida por parte del afiliado. Él testigo podrá ser notificado a través de COOMEVA EPS S.A.

C. INTERROGATORIO DE PARTE:

Solicito se sirva fija fecha y hora para realizar interrogatorio de parte a la señora y señores: ANA ELIZA PAEZ TRIANA, DIANA MOLINA PAEZ, JENNY PAOLA MOLINA PAÉZ, JUAN DIEGO MOLINA NIETO, GRACIELA MOLINA NIETO, MARIA ELSA MOLINA NIETO, HENRY MOLINA NIETO, MARIA MERY NIETO, OLGA ESPERANZA MOLINA NIETO Y MARIA BERTHA NIETO a fin de indagar acerca de los hechos que fundamentan la Demanda y los presuntos perjuicios causado con ocasión a la muerte del señor **JUAN BAUTISTA MOLINA NIETO**. Los y las interrogadas (o) pueden ser localizados en la dirección donde recibe correspondencia su apoderada judicial y al correo electrónico indicado en la demanda conforme a lo señalado en el Decreto 806 de 2020.

D. DICTAMEN PERICIAL.

Se solicita la designación de perito NUEROCIRUJANO, con el fin que rinda dictamen pericial, acerca de la historia clínica, y las actividades y actuaciones, desplegadas por Coomeva EPS S.A, de igual forma que emita dictamen pericial sobre la posible causa de muerte y sus enfermedades preexistentes dado que no hay necropsia dentro del proceso, el cual podrá ser rendido por la Universidad Nacional de Colombia // Facultad de Medicina, conforme interrogatorio que formularé a su designación.

E. OFICIOS

Teniendo en cuenta que COOMEVA E.P.S., no es una Institución Prestadora de Salud IPS, quienes son los que tienen el manejo directo del paciente y la custodia de la historia clínica sino una Entidad Prestadora de Salud (EPS), por lo tanto no recopilamos historias clínicas de los afiliados y de conformidad con la Resolución 1995 de Julio 8 de 1999 y la Ley 23 de 1981 y otras sentencias de la Corte Constitucional, el dueño de la historia clínica es el paciente y quien tiene el manejo directo del mismo y la custodia de ella es la entidad que lo atiende, de manera respetuosa solicito al Señor Juez, solicitar las historias clínicas completas y legibles, o registro de asistencias, suministro de medicamentos, insumos, a las siguientes Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud etc.:

- ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE GUADUAS
- PROCARDIO SERVICIOS MÉDICOS INTEGRALES LTDA

Los mismo se encuentran ubicados, en las direcciones que refiere el demandante en su escrito de demanda.

VIII. ANEXOS

- Mencionados en el acápite de pruebas.
- Poder conferido actuar en el presente proceso mediante mensaje de datos
- Certificado de Existencia y Representación Legal de Coomeva EPS. S.A

IX. NOTIFICACIONES

La entidad demandada COOMEVA S.A EPS, podrán ser notificados en la Carrera 100 No 11-901 CC Holgines Trade Center de la ciudad de Cali- Valle Del Cauca Correo electrónico: correoinstitucionaleps@coomeva.com.co

El apoderado judicial puede ser notificado al correo inscrito en el registro Nacional de Abogado: juanpablocuetoestrada@hotmail.com

EL DEMANDANTE, en la dirección aportada en el escrito demandatorio.

De su Señoría, atentamente,



JUAN PABLO CUETO ESTRADA

C.C. 1.042.996.904 de Sabanalarga – Atlántico

T.P. N° 186.828 del C.S. de la J