

Señores:
JUZGADO SEXTO CIVIL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ
IBAGUÉ – TOLIMA
E. S. D.



Referencia: Proceso: VERBAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y
EXTRACONTRACTUAL
Demandante: LUZ AMPARO CONTRERAS CARRILLO Y OTROS
Demandado: NUEVA EPS S.A.
Expediente: 2019-00219
PJ- 2479

***CONTESTACIÓN DE DEMANDA ***

MAURICIO AMAYA CORTES, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.577.200 de Bogotá y portador de la tarjeta profesional No. 112.136 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado judicial de la entidad demandada NUEVA EPS, por medio del presente escrito y estando dentro del término legal me permito contestar nuevamente la demanda formulada por LUZ AMPARO CONTRERAS CARRILLO Y OTROS, conforme las siguientes consideraciones:

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Atendiendo tanto a los hechos del caso como a los argumentos expuestos por la parte demandante considero de trascendental importancia, para efectos de que el presente proceso se ajuste a todos los requerimientos legales que rigen el tema tanto procesal como sustancialmente, establecer las siguientes consideraciones que, ruego al Señor Juez, tenga en cuenta a la hora de realizar los análisis respectivos frente al presente caso.

A. DIFERENCIAS EN LA COMPETENCIA FUNCIONAL ENTRE LAS EPS Y LAS IPS EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

En atención a la confusión que se vislumbra en la elaboración de la demanda en lo que tiene que ver con la imputación del daño, se debe hacer una diferenciación de las funciones de las entidades en el sistema de salud en Colombia.

Considero pertinente hacer referencia a las funciones que le son legalmente asignadas a las Entidades Promotoras de Salud- E.P.S, en vista de que en varios de los hechos del caso y sus consideraciones, la parte demandante parecería buscar atribuir responsabilidades que no corresponden a NUEVA E.P.S en virtud funciones que han sido asignadas a otros por el legislador colombiano. Así, se hará una muy breve referencia al respecto, teniendo en cuenta que:

Una ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD, es, a la luz de lo definido por el artículo 177 de la Ley 100 de 1993:

"...entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será 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" (Destacado fuera de texto original)

Es frente a esta asignación de funciones hecha por la ley, que se debe analizar si la entidad demandada cumplió o no las funciones con las que cuenta, y no pretender endilgar, como se refiere en varios momentos de la demanda, responsabilidades que por su naturaleza y función son propias de otro tipo de entidades o personas como, por ejemplo, las IPS donde se hubiera desarrollado el tratamiento médico, o los errores que de haber existido, le fueran imputables a los médicos de manera directa en virtud de la LEX ARTIS. Por lo tanto pido al Señor Juez, atender esta anotación preliminar al momento de fallar ya que es de suma importancia y trascendencia al momento de tomar una determinación.

ax

La parte demandante sostiene que la falla en el servicio se hace evidente en el "retardo injustificado de la prestación del servicio y de la no realización de intervenciones necesarias para garantizar la salud del menor, sin embargo hace referencia en varios de sus hechos a faltas de diagnósticos, demora en ellos, reportes incompletos de diagnósticos, incongruencias en las consignaciones realizadas en la historia clínica, entre otras. Según lo que, en muchos casos la parte demandante saca a relucir, ello impidió que pudieran adelantarse los tratamientos de manera oportuna. Esto, no es algo que pueda llevar a que recaiga responsabilidad alguna sobre NUEVA E.P.S -en la medida en que no se encuentra dentro de las funciones que le han sido encomendadas legalmente a ésta y que deben encaminarse a determinar la responsabilidad de otros sujetos, pero no de la entidad a la que represento- NUEVA E.P.S.

Cabe recalcar aquí que, las funciones que refiere el demandante que fueron incumplidas por la EPS (de las que sí estén incluidas dentro del marco de sus funciones), debe mirarse a la luz de los supuestos de tiempo, en tanto que el daño alegado se circunscribe a aquellos periodos en los cuales NO era NUEVA E.P.S quien estaba al frente de la situación, toda vez que ésta ni siquiera había dado inicio a sus actividades para la época en que el daño se alega causado.

B. SITUACIONES PROPIAS DE LA VICTIMA – HECHOS DE LA VICTIMA

Si bien es cierto se tienen se presentan varias situaciones, que se quieren hacer ver como la causa directa de las presuntas secuelas de la paciente, se debe observar la verdadera causa de las mismas, ya que estas obedecieron de manera directa en primer lugar presuntamente a una reacción por bacteria ACITENOBACTER BAUMANII, que pretenden ligar a las atenciones dadas en virtud de la cirugía de EVENTRORAFIA CON MALLA llevada a cabo en el mes de OCTUBRE DE 2014, y en segundo lugar, considerando una atención inadecuada por parte de las entidades de salud.

Se observa que las atenciones médicas que se dan son acordes a los protocolos médicos y a la lex artis. En este orden de ideas, la demanda desconoce varias situaciones importantes y es la existencia de un hecho propio que tiene un incidencia fundamental en el resultado, ya que afectó su propia situación médica del paciente, lo que lleva a que se hicieran ingentes esfuerzos por parte de las IPS para el sostenimiento de la vida de la misma.

En este orden de ideas se debe observar en primer lugar cual es la CAUSA EFICIENTE o la CAUSA ADECUADA que lleva al resultado no querido del paciente que al parecer se orientan a algunas secuelas, y se ve de plano que no es la atención, sino que por el contrario, la presencia de una ENFERMEDAD DE BASE que tiene la paciente, dado que de acuerdo a lo indicado en la historia clínica se observan varias situaciones que no tiene en cuenta el actor, como lo es los ANTECEDENTES MEDICOS de la paciente ya que esta presenta HIPERTENSION ARTERIAL DIABETES MELLITUS Y OBESIDAD, y mal pudiera hacer responsable de las secuelas del paciente a los aquí demandados, cuando se observa claramente que la causa es una completamente diferente a la alegada por la actora ya que no se puede decir que dicha bacteria hubiera sido como consecuencia de un mal tratamiento del material quirúrgico o de alguna inobservancia de protocolos de asepsia de la IPS por el contrario, el origen de esta patología pudo tener origen en el ambiente mismo, o en la misma piel de la afectada, y no en las instituciones de salud, situación que de por si no está demostrado en ninguna parte que se hubiera dado en las instituciones medicas demandadas, y mucho menos en NUEVA EPS, dado que desde ahora se debe dejar claro que las EPS no son entidades que prestan servicios asistenciales a los pacientes, luego no se puede endilgar esta responsabilidad a una entidad que tiene funciones ADMISITRATIVAS y no funciones DE ATENCION MEDICA, tal como lo establecen la Ley 100 de 1993, en la que están definidas claramente las actividades que cada uno de los partícipes en el Sistema general de Seguridad Social en Salud.

Para que se pueda hablar de responsabilidad, no se debe dejar de lado al elemento *nexo de causalidad*, en este orden de ideas la relación de causalidad esta llamada a establecer la relación causa efecto en una circunstancia determinada, esto es la causalidad va

encaminada a determinar el POR QUE de las cosas esto es establecer qué o quién ocasionó determinada consecuencia, cuál fue la *causa, origen o génesis* por la cual sucedió esto y no lo otro.

En relación con este tema se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, al indicar que: "El fundamento de la exigencia del nexo causal entre la conducta y el daño no sólo lo da el sentido común, que requiere que la atribución de consecuencias legales se predique de quien ha sido el autor del daño, sino el artículo 1616 del Código Civil, cuando en punto de los perjuicios previsibles e imprevisibles al tiempo del acto o contrato señala que si no se puede imputar dolo al deudor, éste responderá de los primeros cuando son 'consecuencia inmediata y directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento'. Por lo demás, es el sentido del artículo 2341 *ib.* El que da la pauta, junto con el anterior precepto, para predicar la necesidad del nexo causal en la responsabilidad civil, cuando en la comisión de un 'delito o culpa' —es decir, de acto doloso o culposo— hace responsable a su autor, en la medida en que ha inferido 'daño a otro'."

De tal manera que puede sostenerse que el nexo causal hace referencia a la relación que debe existir entre el comportamiento o conducta del agente y el resultado desfavorable producido; esta verificación causal debe hacerse a través de un estudio retrospectivo donde se tienen en cuenta los hechos acaecidos que se considera han sido el antecedente de la consecuencia producida, teniendo siempre presente que en este proceso cada antecedente es un eslabón más de la cadena causal que ha intervenido en la generación del hecho que se investiga.

El objetivo que se busca entonces, con la carga que se impone de tener que probar el nexo de causalidad, en los procesos de responsabilidad civil, es establecer una relación entre la conducta asumida por una persona, natural o jurídica, y las consecuencias de sus actos, en otras palabras, lo que se pretende es probar la existencia de una conexión necesaria entre un antecedente (causa) y un consecuente (efecto).

El principio de que debe haber una relación de causa a efecto entre el hecho ilícito y el daño es clarísimo e indiscutible. Las dificultades surgen a veces, en la práctica, para determinar hasta qué punto un hecho puede ser ocasionado por otro. El encadenamiento de los hechos que acontecen en el universo llega a veces al infinito. El autor de un hecho no podría ser responsable de todas, absolutamente todas, las derivaciones de aquél. Es necesario cortar en algún punto ese encadenamiento causal, estableciendo la responsabilidad hasta ese límite y no más allá. Quizá más grave que esta dificultad es la que resulta que los daños suelen originarse a veces en causas múltiples: ¿a cuál de ellas imputar la consecuencia dañosa?

El problema ha sido largamente debatido y ha dado lugar a que se sostengan distintas teorías.

a) Teoría de la *conditio sine causa*.- Según esta teoría, un hecho puede considerarse causa de otro posterior cuando si hubiese faltado el hecho precedente, el posterior no se hubiera producido. Cualquier antecedente que responda a estas condiciones debe ser considerado causa del daño; si existen varios hechos antecedentes, no hay razón para preferir uno y excluir a otro, cuando la falta de cualquiera de ellos hubiera imposibilitado la producción del daño. Por ello se la llama también la teoría de la equivalencia de las condiciones. Ha sido justamente criticada porque extiende la relación causal hasta el infinito, incluyendo las llamadas precondiciones o causas de las causas. Así, por ejemplo, un automovilista hiere levemente a un peatón; éste es llevado a una sala de primeros auxilios donde contrae una enfermedad contagiosa y muere. ¿El automovilista será responsable de la muerte?

b) Teoría de la causa próxima.- La propagación indefinida de la relación de causalidad, propia de la teoría que acabamos de exponer, condujo de la mano a esta otra: sólo la causa más próxima es relevante y excluye de por sí a las más remotas. Pero esta teoría se hace pasible de una seria crítica: no siempre la última condición es la verdadera causante del daño. Ejemplo: una persona hiere a otra de una puñalada; un tercero se ofrece a llevar a la víctima hasta el hospital sin reparar que su automóvil carece de nafta suficiente para llegar a destino, como consecuencia de lo cual aquélla muere por hemorragia. Aunque sea indudable que llegando a tiempo hubiera podido pararse la hemorragia y salvar la vida de

la víctima, es obvio que la muerte de ésta no puede imputarse al conductor del automóvil (por más que hubiera culpa en ofrecerse debiendo saber que no podría llegar a destino), sino al autor de las lesiones.

c) Teoría de la causa eficiente.- Estas dificultades han pretendido salvarse sosteniéndose que debe considerarse causa a aquella de mayor eficiencia en la producción del daño. Pero no se gana mucho con esta teoría, porque no hace sino trasladar la dificultad: ¿en base a qué criterio se distinguirá entre las distintas causas y se decidirá que una es más eficiente que la otra?

d) Teoría de la causación adecuada.- Predomina hoy la teoría de la causación adecuada. Todo el problema consiste en determinar si la acción u omisión a la que se le atribuye el daño era normalmente capaz de producirlo; vale decir, el problema debe plantearse en abstracto, teniendo en consideración lo que ordinariamente sucede. Esta teoría brinda, como puede apreciarse, sólo una pauta general a la que debe ajustar su labor el juez teniendo en cuenta las circunstancias peculiares de cada caso. Y hay que reconocer que en ello reside uno de sus principales méritos. Porque en definitiva, como dice PUIG BRUTAU, son en realidad los tribunales los que han de resolver las cuestiones derivadas del nexo causal guiándose más que en teorías abstractas, por el criterio que en cada caso concreto pueda conducir a la solución justa.

TRAYENDO LA TEORIA AL CASO CONCRETO debemos indicar la serie de hechos que están incidiendo en el resultado final (tomado de la demanda y anexos)

1. Antecedentes médicos y quirúrgicos
 - a. Diabetes mellitus
 - b. Hipertensión
 - c. Obesidad
 - d. Colesistectomía
 - e. Liberación de adherencias y eventrorrafia
2. Cirugía de eventrorrafia con rafia (sin complicaciones).
3. Dan de alta y presenta reingreso por revisión de puntos.
4. Ante la no mejoría reingresa y se determina hospitalización.
5. Detección de bacteriana.
6. Atención medica intra y extra hospitalaria

Observamos que de esta serie a eventos, los enumerados 1 y 3 no dependen de las entidades demandadas, pero tienen una incidencia definitiva en el resultado final, obsérvese que los antecedentes médicos, la respuesta corporal a la cirugía, y los cuidados en el posoperatorio inmediato son eventos en los que las entidades demandadas no tienen que ver, pero que sin ellos el resultado sería uno muy diverso.

En el presente caso es necesario insistir que tanto Nueva E.P.S. S.A. como las IPS tratantes cumplieron con sus obligaciones, que hay ausencia de prueba de la existencia de un hecho generador de daño, sea por acción o por omisión, y finalmente, que hay ausencia plena de nexo de causalidad entre los hechos alegados como fuente del daño y el daño mismo.

Al respecto, se ha de insistir en que es claro que para determinar la existencia del nexo de causalidad entre el hecho dañoso y el daño, este nexo de causalidad debe ser evidente de modo que a los ojos del juzgador no quepa la menor duda de su existencia, lo que en el caso concreto brilla por su ausencia.

En el caso en cuestión es evidente que hay una carencia absoluta de prueba de nexo causal entre la supuesta omisión endilgada tanto a Nueva E.P.S. S.A. como a la IPS y el daño alegado.

Lo manifestado anteriormente está en consonancia con la jurisprudencia que se acoge actualmente:

"TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA TRIBUNAL
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Popayán, veintiuno (21) de junio de dos mil once (2.011).

Magistrado Ponente: MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ Magistrado Ponente:
MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ ÍGUEZ PÉREZ

Expediente Expediente 2006 01100 00 2006 01100 00 2006 01100 00
Demandante Demandante ARSENIO MUÑOZ MUTIZ Y OTROS ARSENIO
MUÑOZ MUTIZ Y OTROS ARSENIO MUÑOZ MUTIZ Y OTROS
Demandado Demandado HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE
POPAYÁN HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN HOSPITAL
UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN
Llamado en garantía Llamado en garantía SEGUROS DEL ESTADO S.A.
SEGUROS DEL ESTADO S.A. SEGUROS DEL ESTADO S.A.
Acción REPARACIÓN DIRECTA REPARACIÓN DIRECTA REPARACIÓN
DIRECTA

"Conforme al informe pericial, las historias clínicas del Hospital San José y Fundación Oftalmológica Vejarano y lo dicho por los médicos oftalmólogos, concluye la Sala que la atención suministrada por el Hospital Universitario San José de Popayán, al paciente ARSENIO MUÑOZ MUTIZ fue adecuado para el diagnóstico de pterigion bilateral que presentaba el paciente y que las complicaciones posteriores al procedimiento quirúrgico son las propias del mismo y obedecen a factores externos a la Institución asistencial, principalmente a la falta de cuidado del paciente, por lo que le correspondía a la parte demandante probar que el médico se equivocó en el procedimiento quirúrgico, que las complicaciones posteriores a la cirugía tuvieron como causa una mala praxis médica y que el señor ARSENIO MUÑOZ MUTIZ atendió todas y cada una de las indicaciones postquirúrgicas que hubieren impedido las complicaciones que presentó y sin embargo éstas ocurrieron. (...) "Frente a este último elemento, no hay demostrado el nexo de causalidad entre las consecuencias post - quirúrgicas sufridas por el señor ARSENIO MUÑOZ MUTIS y la cirugía practicada, sobre todo si se tiene en cuenta que la atención médica posterior a la cirugía fue realizada por un tercero como es la Fundación Oftalmológica Vejarano, quien fue la que controló toda esta etapa".

En sentencia del Consejo de Estado de 28 de abril de 2010 con ponencia de la Consejera RUTH STELLA CORREA PALACIO, respecto a la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, dijo:

"Al margen de las discusiones que se presentan en la jurisprudencia y en la doctrina en relación con el régimen probatorio de los elementos de la responsabilidad patrimonial por los daños que se deriven de la actuación médica del Estado, lo cierto es que existe consenso en cuanto a que la sola intervención - actuación u omisión- de la prestación médica debida no es suficiente para imputar al Estado los daños que sufran quienes requieran esa prestación, sino que es necesario que se encuentre acreditado que esa actuación fue constitutiva de una falla del servicio y que dicha falla fue causa eficiente del daño.

En otros términos, 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 soportar ese daño para que surja el derecho a la indemnización, sino que se requiere que dicho daño sea imputable a la Administración, y no lo será cuando su intervención aunque vinculada causalmente al daño no fue la causa eficiente del mismo sino que éste constituyó un efecto no previsible o evitable, de la misma afección que sufría el paciente o de otra causa diferente..."

C. SOLICITUDES DE INDEMNIZACIÓN EN DETRIMENTO DEL SISTEMA DE SALUD

De otra parte, para ser tenido en cuenta, si bien es cierto que la responsabilidad médica es una fuente de obligaciones, en el evento en que se llegue a la cabal demostración de los elementos de la responsabilidad, cabe aclarar que, en sí misma, esta responsabilidad no puede ser tomada como FUENTE DE ENRIQUECIMIENTO, puesto que se está hablando de la estabilidad de un sistema de seguridad social en salud, de por sí menguado por este tipo de acciones. De esta forma, las pretensiones de indemnización deben ceñirse a lo establecido en la Ley para ello, en lo que relativo al cumplimiento con la carga de la prueba o principio básico del ONNUS PROBANDI, que indica que debe haber una prueba que oriente al juez para que al momento de fallar lo haga en derecho, y de acuerdo a la sana crítica. No basta entonces con enlistar solicitudes de indemnizaciones por diferentes conceptos sin establecer las razones (o pruebas que demuestren) que hay lugar a ellas, en especial cuando se observa una serie de pretensiones por fuera de los límites establecidos en la jurisprudencia nacional.

Así, no se debe olvidar que la responsabilidad médica no puede ser utilizada como medio de enriquecimiento, ya que con este actuar, se están vulnerando los derechos de la comunidad, por cuanto con este tipo de pretensiones se está poniendo en riesgo la estabilidad del Sistema de Salud.

D. DEBER LEGAL DE GUARDA DE LA HISTORIA CLÍNICA

Debo manifestar que aclaro desde ahora que las EMPRESAS PROMOTORAS DE SALUD NO SON LAS GUARDAS DE LAS HISTORIAS CLINICAS por expresa disposición legal, las entidades que tienen a su cargo el resguardo y cuidado de las historias clínicas de los pacientes son las IPS en las que hayan sido atendidos aquellos.

Sea lo primero advertir, que la Ley y la H. Corte Constitucional ha precisado el sitio donde de manera única y privilegiada debe reposar la HISTORIA CLÍNICA de los pacientes y afiliados, esto es LAS INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SALUD IPS y no en las EPS, inclusive ratificando la reserva legal que sobre ellas pesan, de tal manera que solo con orden judicial o autorización expresa del paciente puede entregarse a terceros.

Igualmente la ley define el único evento en que la HISTORIA CLÍNICA puede quedar bajo custodia de la EPS, y es el evento en que la IPS entre en liquidación, caso en el cual si el paciente no la reclama, se entrega a la EPS a la que se encuentra afiliado, caso que no se ajusta a nuestro evento.

Sobre el particular basta con observar lo señalado en la ley 23 de 1981 y sentencia de la H. Corte Constitucional T- 413 de 1993, M.P., doctor Carlos Gaviria Díaz.

Por lo anterior, en principio NO es la EPS NUEVA EPS S.A. la custodia legal de la historia clínica.

Adicionalmente y para ser tenido en cuenta por el Despacho, el Consejo de Estado en su jurisprudencia ha precisado que la obligación de seguridad y deber de cuidado y vigilancia asumida por los hospitales en relación con sus pacientes, abarca aspectos distintos del servicio médico propiamente dicho y por lo mismo debe ser garantizado con diligencia y cuidado por los entes hospitalarios, siendo que la responsabilidad que se deriva de tales actos se encuentra en cabeza de los hospitales, clínicas y su personal, de manera directa; no siendo posible trasladarla a terceros intervinientes dentro del SGSSS.

E. DE LA PATOLOGIA ALEGADA COMO CAUSA DEL DAÑO

1. Lo primero a precisar es que la paciente presenta un defecto severo en su pared abdominal denominado eventración. La eventración se define como: "hernia ventral o hernia incisional, que se define como el desplazamiento de las vísceras (abdominales) a causa de un defecto de la pared abdominal. Para una mejor comprensión de esta complicación es conveniente definir las capas de la pared abdominal, del exterior al interior. Esto es, la piel, el tejido o grasa subcutánea, la aponeurosis o variedad de tendón, la capa muscular, una segunda capa de aponeurosis y finalmente el tejido graso preperitoneal y peritoneo, una membrana que cubre la mayor parte de los órganos del

abdomen. En ciertas zonas, la piel y la grasa subcutánea pueden variar en número o faltar, habiendo solamente una de las dos capas aponeuróticas.

El defecto de las capas musculo-aponeuróticas produce la salida de un saco herniario formado por peritoneo a través del orificio herniario, lo que produce una hernia visible desde el exterior." **Esta patología presentada por la paciente se confirma con un examen de acuerdo a las guías de práctica clínica denominado tomografía abdominal como se evidencia en la historia clínica.**

2. La paciente consulta en el mes de junio de 2014 por dolor abdominal y en julio se tiene la confirmación de la eventración, y se toma la decisión adecuada que es la corrección de la eventración con una cirugía denominada eventrorrafia y que por el tamaño de la misma y para evitar la recurrencia del defecto herniario se debe colocar adicionalmente una malla como se define por parte del cirujano en julio de 2014. Es la única alternativa de tratamiento que existe para la corrección de la hernia o eventración abdominal.
3. No existe demora en la realización del procedimiento en agosto, septiembre se registran las valoraciones por medicina interna y anestesia debido a los antecedentes de la paciente de diabetes mellitus, hipertensión arterial, se registra que completa el protocolo de evaluación pre quirúrgica sin complicaciones y como no es una cirugía de urgencias se programa para el mes de octubre de 2014. Hasta este momento del proceso de atención no existe error médico y se actúa bajo la lex artis.
4. Los riesgos descritos en éste procedimiento quirúrgico son los siguientes: "Las lesiones más importantes que se pueden producir son:

A. Durante el acto quirúrgico: a) Lesión visceral Incluimos aquí todos los órganos y vísceras de la cavidad abdominal, b) Lesión nerviosa en eventraciones bajas, suprapúbicas o laterales se pueden lesionar –seccionando o atrapando con suturas– nervios sensitivos o motores, que producirán consecuencias importantes en el postoperatorio, traducidas como disestesias y atrofas por parálisis muscular. c) Lesión vascular. Hemorragia Otro tanto ocurre con la hemorragia de los vasos epigástricos. Durante la reparación de una eventración de pared abdominal, nos podemos encontrar con dificultades importantes que hacen posible la complicación de la técnica, como adhesiolisis, despegamientos por adherencias del intestino, que puede estar muy incluido en antiguas prótesis o fistulizado.

B. En el postoperatorio inmediato. a) Seroma: La reducción de la hernia deja un espacio virtual para la acumulación de líquido: la combinación de inflamación, rotura de los vasos linfáticos e irritación continua, causada por la reacción a cuerpo extraño frente al material protético, es una situación que provoca acumulación de líquido seroso. El seroma lo podemos considerar como una incidencia, no como una complicación. Va a acompañar con mucha frecuencia a la reparación, sobre todo si utilizamos prótesis o las implantamos encima de la aponeurosis. La frecuencia oscila del 3 al 12% (dependiendo de múltiples factores), y es superponible a las citas comunicadas en la literatura estudiada; supone un 16% de todas las complicaciones. No se deben abrir las heridas para drenarlo mechándolas, ya que pueden contaminarse e infectarse. b) Hematoma pared o subcutáneo Supone el 3% en la serie de Leber, pero en nuestra práctica es más bajo solo del 0,5-1%. c) Infección. Fascitis necrotizante. La infección de la herida quirúrgica o de la pared abdominal por *Streptococcus pyogenes* y *bacteroides spp* en forma de fascitis necrotizante es una grave complicación de esta cirugía. No es frecuente, y aparece en menos de un 0,5%, relacionada con características especiales y resecciones intestinales necesarias o contaminaciones inesperadas en pacientes inmunodeprimidos. Infecciones menos graves de la herida quirúrgica o autolimitadas al tejido celular subcutáneo son más frecuentes. oscilan entre 1-10%, a pesar de la profilaxis antibiótica y las medidas de asepsia, y están en relación con el tiempo operatorio, las dificultades técnicas, el cirujano y los factores individuales de los pacientes . Los gérmenes más habituales para infecciones menos graves son *Staphylococcus aureus* y *Epidermidis*. tras un estudio de 1 055 intervenciones de hernia con prótesis (de las cuales un 21% fueron hernias incisionales), el porcentaje de infección de la prótesis fue de un

1,3%; aunque otras publicaciones – como las de Petersen (2001)– dan una cifra del 8%, ambos porcentajes, independientemente de utilizar o no profilaxis antibiótica.

5. Con lo anteriormente expuesto se puede establecer que NO existe error ni mala praxis por parte del cirujano ya que a pesar de ser un procedimiento técnicamente difícil No hay lesiones de estructuras vasculares, nerviosas ni de órganos. La paciente evoluciona bien el postoperatorio pero se produce una complicación en el postoperatorio inmediato que es una infección superficial que está descrita en la literatura como se evidencia en el párrafo anterior por lo tanto es un RIESGO INHERENTE AL PROCEDIMIENTO QUIRURGICO y No un error médico ni mala praxis. Es importante destacar como lo describe el cirujano el defecto herniario y que se tuvo que hacer liberación de bridas quirúrgicas por lo cual esto hace que el procedimiento sea de mayor riesgo. Se evidencia en los soportes de historia clínica que se colocó profilaxis antibiótica para la cirugía, se deja medicamento para prevenir la infección de herida en el post operatorio por lo cual No se puede hablar de evento adverso sino de riesgo inherente al procedimiento quirúrgico de acuerdo a los soportes de historia se evidencia que se ajustan a los protocolos pre quirúrgicos de profilaxis antibiótica y como se menciona en la revisión se puede presentar infección de herida quirúrgica a pesar de la profilaxis antibiótica.
6. La paciente se le realiza el seguimiento oportuno y adecuado en el postoperatorio, se detecta la dehiscencia de la sutura y la necrosis de tejido por lo cual se actúa bajo el deber de cuidado se deja hospitalizada la paciente para el tratamiento seguimiento estricto, se aplica tratamiento con antibiótico de amplio espectro, se toman cultivos y se aísla un germen lo cual es afirmado en la historia clínica consignado el diagnóstico por parte de los profesionales de salud como una infección superficial de sitio operatorio(ISO) que se trata de manera oportuna y adecuada . En este caso como se menciona anteriormente si se toman todas las medidas profilácticas de antibioticoterapia y antibioticoterapia posterior al procedimiento esta infección considerada como un evento adverso en NO PREVENIBLE .

DEL GERMEN OBJETO DE ANALISIS

"Acinetobacter

Descripción general

El género Acinetobacter está formado por cocobacilos (con forma de bastón corto y grueso) gramnegativos, oxidasanegativos, inmóviles. Dada la complejidad de la nomenclatura de especies y biovariedades individuales, algunos sistemas de clasificación utilizan la expresión «complejo Acinetobacter calcoaceticus-baumannii», que abarca todos los subgrupos pertenecientes a esta especie, como A. baumannii, A. iwoffii y A. junii. 192

Efectos sobre la salud humana.

Las bacterias del género Acinetobacter suelen ser comensales, pero en ocasiones producen infecciones, sobre todo en pacientes vulnerables. Son patógenos oportunistas que pueden ocasionar infecciones de las vías urinarias, neumonía, bacteriemia, meningitis secundaria e infecciones de heridas. Predisponen a estas enfermedades factores como los tumores malignos, las quemaduras, la cirugía mayor y la inmunodepresión, por ejemplo en neonatos y ancianos. La aparición y rápida propagación de bacterias multirresistentes del complejo A. calcoaceticus-baumannii.

Fuentes y prevalencia

Las acinetobacterias son ubicuas en el suelo, el agua y las aguas residuales. Se ha aislado Acinetobacter en el 97% de muestras de aguas superficiales naturales, en concentraciones de hasta 100 bacterias/mililitro. Se ha comprobado que estos microorganismos representan del 1,0 al 5,5% de los microorganismo detectados mediante RHP en muestras de agua de consumo y han sido aislados en entre el 5 y el 92% de las muestras de agua de distribución. Un estudio en los EE. UU. de aguas subterráneas no tratadas detectó Acinetobacter spp. en el 38% de las aguas subterráneas, siendo la densidad promedio de 8 bacterias/100 ml. El estudio reveló también que la producción de moco, un factor de virulencia de A. calcoaceticus, de aislados de agua de pozo no era significativamente diferente de la de cepas clínicas, lo que sugiere que las cepas aisladas de aguas subterráneas poseen cierto potencial patógeno.

Acinetobacter spp. son parte de la flora microbiana natural de la piel y, en ocasiones, del aparato respiratorio de personas sanas.

Vías de exposición

Los ambientes hospitalarios y la transmisión de persona a persona son las fuentes probables de la mayoría de los brotes de infecciones hospitalarias. La infección se asocia en la mayoría de los casos al contacto con heridas o quemaduras, o a la inhalación por personas vulnerables. Otra fuente de infección detectada en pacientes con bacteriemia por *Acinetobacter* son los catéteres intravenosos. Se han asociado brotes de infección con baños de agua y humidificadores. La ingestión no es una fuente de infección habitual.

Referencias seleccionadas

Bartram J et al. (eds.), 2003: Heterotrophic plate counts and drinking-water safety: the significance of HPCs for water quality and human health. Serie de la OMS Emerging Issues in Water and Infectious Disease. Londres (Reino Unido), IWA Publishing.

Bergogne-Berezin E y Towner KJ, 1996: *Acinetobacter* as nosocomial pathogens: microbiological, clinical and epidemiological features. *Clinical Microbiology Reviews*, 9:148-165.

Bifulco JM, Shirey JJ y Bissonnette GK, 1989: Detection of *Acinetobacter* spp. in rural drinking water supplies. *Applied and Environmental Microbiology*, 55:2214-2219.

Jellison TK, McKinnon PS y Rybak MJ, 2001: Epidemiology, resistance and outcomes of *Acinetobacter baumannii* bacteremia treated with imipenem-cilastatin or ampicillin-sulbactam. *Pharmacotherapy*"

(Tomado internet http://www.who.int/water_sanitation_health/dwq/gdwq3_es_11.pdf)

"Infecciones por *Acinetobacter baumannii* pan-resistente. Consideraciones epidemiológicas y de manejo antimicrobiano actualizado

Microbiología

Acinetobacter sp engloba cocobacilos gram negativos, oxidasa negativos, no fermentadores, no esporulados y aerobios estrictos. Se encuentra ampliamente disperso en la naturaleza, mayoritariamente en agua y suelo. Se ha aislado en personas sanas a partir de la piel, faringe y varias otras localizaciones. El género *Acinetobacter* se clasificaba antiguamente bajo unos quince nombres diferentes incluyendo *Bacterium anitratum*, *Herellea vaginicola*, *Mima polymorpha*, *Achromobacter*, *Alcaligenes*, *Micrococcus calcoaceticus*, B5W, *Moraxella glucidolytica* y *Moraxella lwoffii*. En 1954, Brisou y Prévot identificaron el género como *Acinetobacter*, con dos especies *A. calcoaceticus* y *A. lwoffii*. Sobre la base de recientes estudios genéticos se han identificado 19 especies diferentes, pero sólo 7 cuentan con nombre (*calcoaceticus*, *baumannii*, *haemolyticus*, *junii*, *johnsonii*, *lwoffii*, *radioresistens*). Existe una estrecha relación entre el genoma de *A. calcoaceticus* y *A. baumannii*, de manera tal que a veces se les menciona como complejo *Acinetobacter baumannii-calcoaceticus*. En algunos reportes, estos aislados son referidos como *A. calcoaceticus* subespecies *anitratum*. Esta complicada historia taxonómica ha llevado tanto a diagnósticos como clasificaciones equivocadas de las especies en la práctica clínica.

Acinetobacter sp se comporta generalmente como especies no virulentas pero, en pacientes críticamente enfermos, está bien documentado su rol patogénico. Los brotes de infecciones nosocomiales han sido comúnmente asociados con *A. baumannii*, otras especies son muy raras.

Epidemiología

Fuentes ambientales. Las especies de *Acinetobacter* pueden ser encontradas en objetos animados e inanimados. Crecen en casi todas las muestras de suelos y agua

105-10

fresca. En el medio hospitalario, estos microorganismos han sido aislados de humidificadores, equipos de ventilación, la piel del personal de salud, colchones, cojines y otros equipamientos. Se ha reportado sobrevida en superficies secas mayor a 7 días para A. lwoffii y mayor a 25 días para A. baumannii. *Acinetobacter calcoaceticus* sobrevive hasta 13 días en superficies de formica. Comparativamente, otros bacilos gramnegativos sobreviven sólo pocos días, por ejemplo *Escherichia coli* sobrevive hasta 24 horas y *Pseudomonas aeruginosa* menos de 24 horas, mientras que *Staphylococcus aureus* persiste hasta 7 días en superficies de formica. La persistencia de las especies de *Acinetobacter* en las superficies medioambientales es su característica más distintiva entre los patógenos nosocomiales, explicando su mayor patogenicidad entre pacientes hospitalizados.

Portación humana. *Acinetobacter* sp es parte de la microbiota cutánea. El 31% del personal de salud es portador de bacilos gramnegativos en sus manos. Los microorganismos más comúnmente aislados de este personal son *Enterobacter* sp (16,5%) y *Acinetobacter* sp (7,5%).

Infección acinetobacter baumannii

INFORMACIÓN GENERAL:

¿Qué causa la infección *Acinetobacter baumannii*? La infección *Acinetobacter baumannii* es causada por la bacteria *Acinetobacter baumannii*. Puede causar infecciones serias en los pulmones, la sangre y el cerebro. También podría causar infecciones del tracto urinario y en heridas. Puede propagarse por medio de contacto directo y podría encontrarse en la piel o en la comida, el agua o en la tierra. Además podría encontrarse en hospitales. La *Acinetobacter baumannii* es altamente contagiosa.

¿Qué aumenta mi riesgo de contraer la infección *Acinetobacter baumannii*? Cualquier persona puede contraer la infección *Acinetobacter baumannii*. **Usted tiene más probabilidades de contraer una infección de la bacteria *Acinetobacter baumannii* si padece de una enfermedad como la diabetes o EPOC** (enfermedad pulmonar obstructiva crónica). También corre un riesgo más alto de contraer la infección si:

- Tiene un sistema inmune débil. El sistema inmune ayuda a protegerlo contra enfermedades. Usted podría estar débil debido a enfermedad, o si ha tenido una cirugía recientemente.
- Tiene mala higiene. Esto incluye el no lavar sus manos muy bien o por largo tiempo.
- Ha estado en una sala de cuidados intensivos o ha usado un ventilador (máquina para respirar).
- Ha tenido cirugía o algún procedimiento recientemente. Usted también corre mayor riesgo si tiene heridas abiertas causadas por un accidente o lesión.
- Ha estado cerca de una persona que tiene *Acinetobacter baumannii*.
- Ha tomado antibióticos recientemente.
- Tiene puesta una sonda. Estas podrían incluir una sonda de Foley o sonda venosa central."

(Tomado de http://www.allinahealth.org/mdex_sp/SD7707G.HTM)

FRENTE A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

AL HECHO PRIMERO DE LA DEMANDA: EN LA FORMA QUE ESTA REDACTADO EL HECHO NO ES CIERTO: Dado que la parte actora confunde a las funciones establecidas en el Sistema general de Seguridad Social en Salud, definidas en la Ley 100 de 1993, esto al indicar que "fue programada por la NUEVA EPS para la cirugía...", es claro que la EPS dentro del esquema del sistema de salud, es la que organiza y emite las autorizaciones

108

para la realización de procedimientos, entregad e medicamentos, atenciones básicas o especializadas, no es esta entidad la que define programación o atención médica a los afiliados, esta se da por medio de las IPS (contratadas o propias, dejando claro que NUEVA EPS no es propietaria de ninguna IPS, no existe integración vertical), con lo cual el hecho parte de un error muy común, y es el de confundir las funciones de las instituciones del sistema, luego, lo manifestado en este hecho NO ES CIERTO

AL HECHO SEGUNDO DE LA DEMANDA: EN LA FORMA QUE ESTA REDACTADO EL HECHO NO ES CIERTO: y remito a con contestado en el hecho anterior, dado que se insiste que las EPS NO PRESTAN SERVICIOS ASISTENCIALES, sino administrativos dentro del esquema del sistema de salud. NUEVA EPS no es dueña, participe como socio, o interesada en la conformación societaria de las IPS de la red de servicios, dado que no existe integración vertical, en ningún momento ha sido dueña, ni en el tiempo de los hechos ni actualmente, luego la afirmación dada en este hecho carece de soporte jurídico y factico, con lo cual se debe indicar que en la forma narrada NO ES CIERTO.

AL HECHO TERCERO DE LA DEMANDA: Coherente con lo manifestado anteriormente NO ME CONSTA, todo lo concerniente a la sintomatología, diagnóstico, tratamiento y demás circunstancias de modo, tiempo y lugar de la atención brindada a la paciente, ya que esta situación debe estar plasmada en la historia clínica y ésta no está bajo la custodia de NUEVA EPS S.A., por tanto me atenderé a lo que esté reflejado en la mencionada historia clínica.

De otra parte la historia o historias clínicas de la paciente, están en manos de las IPS que la atendieron, pues su custodia y diligenciamiento es responsabilidad de las IPS de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la Resolución 1995 de 1999 del Ministerio de Salud.

ARTÍCULO 13.- CUSTODIA DE LA HISTORIA CLÍNICA.

La custodia de la historia clínica estará a cargo del prestador de servicios de salud que la generó en el curso de la atención, cumpliendo los procedimientos de archivo señalados en la presente resolución, sin perjuicio de los señalados en otras normas legales vigentes. El prestador podrá entregar copia de la historia clínica al usuario o a su representante legal cuando este lo solicite, para los efectos previstos en las disposiciones legales vigentes.

No obstante la anterior de la redacción del hecho se debe resaltar varias situaciones, La primer de ellas que la paciente al parecer tuvo un periodo extrahospitalario, esto es que posterior a la práctica de la cirugía referida en hechos anteriores, no hubo contacto con ambiente hospitalario hasta su reingreso, en segundo lugar, se manifiesta y confiesa que pasaron ocho días entre la salida y el reingreso para la revisión de la suturas. En tercer lugar, se debe recordar los antecedentes médicos de la paciente, en el que se resalta el hecho de ser diabética, lo cual hace que tenga inmunosupresión, y la haga más vulnerable a las infecciones.

AL HECHO CUARTO DE LA DEMANDA: NO ME CONSTA, Y REMITO A LO MANIFESTADO EN EL HECHO TERCERO EN SU INTEGRIDAD, En particular el hecho de la no atención de manera directa por Nueva EPS, y en segundo lugar en lo que corresponde a las situaciones narradas en el hecho mismo como síntomas y atenciones brindadas, estas deben estar plasmadas en la Historia Clínica, y se debe verificar su veracidad con la misma, además del origen de la presunta infección.

AL HECHO QUINTO DE LA DEMANDA: NO ME CONSTA, Y REMITO A LO MANIFESTADO EN EL HECHO TERCERO EN SU INTEGRIDAD, En particular el hecho de la no atención de manera directa por Nueva EPS, y en segundo lugar en lo que corresponde a las situaciones narradas en el hecho mismo como síntomas y atenciones brindadas, estas deben estar plasmadas en la Historia Clínica, y se debe verificar su veracidad con la misma, además del origen de la presunta infección.

AL HECHO SEXTO DE LA DEMANDA: NO ME CONSTA, Y REMITO A LO MANIFESTADO EN EL HECHO TERCERO EN SU INTEGRIDAD y me atenderé a lo que

12
101

se demuestre en la historia clínica, dado que esta no está en manos de NEPS como ya se ha manifestado.

AL HECHO SEPTIMO DE LA DEMANDA: NO ME CONSTA DADO QUE NO ES UN HECHO SINO UNA MANIFESTACION PERSONAL DEL PARTE ACTORA QUE DEBE SER DEMOSTRADA.

AL HECHO OCTAVO DE LA DEMANDA: NO ME CONSTA HECHO DE TERCERO QUE DEBE SER DEMOSTRADO EN SU INTEGRIDAD

AL HECHO NOVENO DE LA DEMANDA: NO ME CONSTA HECHO DE TERCERO QUE DEBE SER DEMOSTRADO EN SU INTEGRIDAD

AL HECHO DECIMO DE LA DEMANDA: NO ES CIERTO Dado que como se ha manifestado de manera repetitiva, LA PRESTACION DE SERVICIOS MEDICOS NO SON DADOS POR LAS EPS de acuerdo al esquema del sistema general de seguridad social en salud, esto los hacen las IPS, luego no puede ser cierto que hubiera adquirido la presunta bacteria en las instalaciones de la EPS, dado que allí no hay servicio médico. Además, de acuerdo a la forma que está narrado el hecho no deja de ser una opinión personal (por demás errada) de la actora.

AL HECHO DECIMO PRIMERO DE LA DEMANDA: NO ME CONSTA HECHO DE TERCERO QUE DEBE SER DEMOSTRADO EN SU INTEGRIDAD además de ser una opinión personal carente de prueba y una consideración personal que resulta ser el objeto del proceso.

AL HECHO DECIMO SEGUNDO DE LA DEMANDA: NO ME CONSTA HECHO DE TERCERO QUE DEBE SER DEMOSTRADO EN SU INTEGRIDAD Se reitera que las EPS no brindan atención médica o asistencial por lo que el fundamento de este hecho es errado y corresponde a una situación de TERCERO, ajeno a las funciones de la EPS por cuanto estas entidades no manejan ni tienen en su poder las Historias clínicas, y son la IPS las encargadas no solo de su diligenciamiento sino de su custodia. Por la razón **NO ES CIERTO** que la EPS hubiese incurrido en la falla alegada en este hecho.

AL HECHO DECIMO TERCERO DE LA DEMANDA: NO ES UN HECHO ES UNA OPINION PERSONAL DE LA PARTE ACTORA.

AL HECHO DECIMO CUARTO DE LA DEMANDA: NO ME CONSTA por quienes está conformado el núcleo familiar ni las presuntas afectaciones alegadas.

AL HECHO DECIMO QUINTO DE LA DEMANDA: NO ME CONSTA HECHO DE TERCERO, de cualquier manera de acuerdo a la documental aportada se debe ponderar la calificación dada en sus elementos estructurales, dado que Pérdida de capacidad Laboral se da en un 10%, y el valor final de la deficiencia es de un 20%, con ello se establece que su capacidad para trabajar está limitada en un 10% únicamente y no en un 30% que es el valor final de las ponderaciones realizadas.

AL HECHO DECIMO SEXTO DE LA DEMANDA: NO ES UN HECHON RELEVANTE PARA EL CASO, es una situación propia del lus Postulandi.

A LAS PRETENSIONES

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones de la demandante ya que no existe fundamento jurídico o factico alguno que pueda conllevar responsabilidad en relación a los hechos que se indican en el libelo demandatorio, en el entendido que NUEVA EPS cumple a cabalidad con sus obligaciones como EPS del paciente, ya que actuó dentro de sus obligaciones con criterio de efectividad y oportunidad, no existe prueba alguna que esta entidad haya negado o retardado, omitido cualquier solicitud hecha con el fin de brindar la atención necesaria al paciente, por lo tanto no haya actuación positiva o negativa de NUEVA EPS que pueda ser orientada como dañosa, es de anotar que el cuerpo médico está orientado a la preservación de la vida y bienestar de sus pacientes y en atención a ello toma

13
1001

las decisiones que de acuerdo a su conocimiento (lex artis) son las necesarias para la consecución de este fin, es de aclarar que dentro de la argumentación presentada se observan situaciones que inciden en el efecto final al paciente, la primera las condiciones médicas y antecedentes médicos y quirúrgicos de la paciente, la segunda la duda que se genera sobre lo que paso entre la atención en octubre 18 de 2014 y la atención solicitada ocho días después de su alta médica, ya que se observa que en este tiempo los cuidados post operatorios correspondían a la paciente y su círculo cercano. Todas estas dudas deben ser despejadas, para ubicar el origen de la infección, y de allí definir de ser posible el origen de la infección adquirida por la paciente y que presuntamente llevo a que se dieran las secuelas alegadas.

En lo que respecta a las pretensiones declarativas me permito manifestar que me opongo a ellas por las siguientes razones.

1. NUEVA EPS S.A. cumple con sus obligaciones contractuales.
2. NUEVA EPS S.A. no interviene en las decisiones ni actuaciones medicas, dado que esta situación es propia de la Lex artis, NUEVA EPS brinda los medios y mecanismos para que se dé la atención requerida al paciente.
3. Existen roles que cada uno de los partícipes en la prestación del servicio de salud (EPS, IPS, cuerpo médico y de enfermería, farmacias etc), cumple dentro de la organización de la prestación del servicio, y cada uno de estos partícipes es responsable de la actividad que le es propia, por ello no puede generalizarse la responsabilidad de un resultado a todos los partícipes, sino que dicha responsabilidad debe ser analizada en la medida que la acción u omisión corresponda a una actividad propia de cada uno de los partícipes
4. Existen situaciones personales de la víctima que tienen incidencia absoluta con el resultado como lo los antecedentes médicos particularmente de obesidad, hipertensión y diabetes mellitus que padecía la paciente y que la hace más vulnerable a las infecciones, lo que definitivamente genera un HECHO DE LA VICTIMA.
5. NUEVA EPS S.A. al cumplir de manera eficiente y oportuna con su rol de aseguradora, y al presentarse hechos de la víctima, se rompe el nexo de causalidad sobre la responsabilidad endilgada, luego si su actividad no fue la causa eficiente del resultado, su responsabilidad se circunscribe a que se dé una negativa en la prestación de un servicio, lo que definitivamente no se presenta en este caso, por el contrario se pone a disposición del paciente todo un andamiaje para obtener un resultado positivo, con lo que cumple su función a cabalidad, cosa distinta es el resultado, ya que no es nuevo indicar que la práctica de la medicina es una obligación de medio y no de resultado, por lo tanto a pesar que se hubiese puesto todo el empeño, el interés y la sabiduría profesional el resultado podría ser el mismo, dada la reacción que tuvo el cuerpo de la paciente al medicamento suministrado.
6. Además las declaraciones de condenas no tiene fundamento jurídico, debido a que los riesgos asumidos por el paciente al tomar determinaciones voluntarias en contra de las advertencias de los médicos (como lo es no asistir a los controles previstos), son una carga que debe asumir el mismo.
7. Se debe tener en cuenta la redacción de las pretensiones y definir si la responsabilidad alegada es contractual o extracontractual, con miras a no llegar a conclusiones erradas en la definición del objeto del litigio.

En lo que respecta a las pretensiones de condena, no existe causa alguna que implique deber indemnizatorio por parte de Nueva EPS S.A. sin embargo, frente a una eventual condena de alguno de los demandados, se hacen las siguientes consideraciones:

En lo que respecta a los perjuicios de ordena material, se observa la falta de prueba del referido ingreso.

Al respecto de los perjuicios de orden inmaterial (morales y de vida de relación), en sentencia emitida por la H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, M.P. Dr. César Julio Valencia Copete, de fecha 13 de mayo de 2008, se indicó lo siguiente:

14
109

"Otro tanto deberá hacerse en el momento en que los juzgadores, en forma mesurada y cuidadosa, asuman la labor de fijar el quantum de esta clase de perjuicio, bajo el entendido de que ella no puede responder solamente a su capricho, veleidad o antojo, sino que debe guardar ponderado equilibrio con las circunstancias alegadas y demostradas dentro de la controversia, velando así porque no sea desbordada la teleología que anima la institución de la responsabilidad civil, tema en el que, a buen seguro, la jurisprudencia trazará un útil marco de referencia, en forma similar a lo que ocurre en tratándose del daño moral." (Negrilla y subrayado fuera de texto)

OBJECION A LA PRESENTACION DE LAS PRETENSIONES LA CUAL SE TOMARA COMO JURAMENTO ESTIMATORIO DE ACUERDO A LA LEY 1395 VIGENTE PARA EL MOMENTO DE LA PRESENTEACION DE LA DEMANDA Y MODIFICADA POR LA LEY 1564 DE 2012 ARTICULO 206

En atención a lo manifestado en el acápite anterior, y el cual se considera integrado a este punto, desde ahora manifiesto que objeto la estimación de los perjuicios materiales pretendidos en la acción incoada, y solicito se dé aplicación a lo normado en el artículo 10 de la Ley 1395 de 2010 (vigente al momento de la presentación de la demanda) y modificado por el artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, y solicito se dé aplicación en el evento de una sentencia condenatoria a las sanciones allí planteadas.

A LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO

El apoderado de la parte demandante no hace referencia profunda a fundamentos de derecho, ni hace referencia a normas aplicables al caso.

Sin embargo, sea lo primero precisar al demandante, que incoa la acción, entre otras, contra la EPS que autorizo la atención inicial a la paciente, que las EPS dentro del sistema de seguridad social en salud, tiene un papel preciso y particularmente cumplido en el presente caso, pues el demandante accedió a los servicios de salud que requirió y atendió con la red calificada de prestadores de servicios que puso a disposición de su usuario afiliado.

La responsabilidad tiene como elementos constitutivos los siguientes, a) un hecho o una conducta culpable o riesgosa; b) un daño o perjuicio concreto a alguien; y c) el nexo causal entre los anteriores supuestos.

Así es aceptado por la doctrina y la jurisprudencia, tal como se establece en la sentencia 022 de 22 de febrero de 1995, donde reiteró que de acuerdo con *"la doctrina sobre la cual descansa sin duda el artículo 2341 del C.C., se tiene por verdad sabida que quien por sí o a través de sus agentes causa a otro un daño, originado en hecho o culpa suya, está obligado a resarcirlo, lo que equivale a decir que quien reclame a su vez indemnización por igual concepto, tendrá que demostrar, en principio, el perjuicio padecido, el hecho intencional o culposo atribuible al demandado y la existencia de un nexo adecuado de causalidad entre ambos factores (...)"* (G.J. Tomos CLII, pág. 108, y CLV, pág. 210)" (Expediente No.4345, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss).

Determinados los elementos de la responsabilidad se debe determinar si existen en el mundo fáctico y jurídico los tres elementos constitutivos de responsabilidad atribuible a los partícipes el presunto hecho dañoso, o si por el contrario se evidencia, como en efecto sucede, que hay carencia de alguno de ellos, **RESPECTO DE LA DEMANDADA NUEVA EPS S.A.** eliminándose así la responsabilidad alegada, es el caso de la **RUPTURA DEL NEXO CAUSAL** entre el hecho o conducta dañosa y el perjuicio o daño concreto.

Entre la acción dañosa y el daño como tal debe existir un nexo de causalidad, lo que implica una relación causa efecto, pero los hechos generadores del daño alegado deben provenir del agente al que se le imputa la responsabilidad, es así que de contera se concluye que no puede imputarse responsabilidad alguna cuando el hecho alegado como dañoso es producido por fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o hecho o culpa exclusiva de la víctima.

El elemento nexo de causalidad

Una vez establecida la existencia de un daño, es necesario para que se pueda hablar de responsabilidad, pasar al elemento *nexo de causalidad*, en este orden de ideas la relación de causalidad esta llamada a establecer la relación causa efecto en una circunstancia determinada, esto es la causalidad va encaminada a determinar el POR QUE de las cosas esto es establecer qué o quién ocasionó determinada consecuencia, cuál fue la *causa*, *origen o génesis* por la cual sucedió esto y no lo otro.

En relación con este tema se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, al indicar que: "El fundamento de la exigencia del nexo causal entre la conducta y el daño no sólo lo da el sentido común, que requiere que la atribución de consecuencias legales se predique de quien ha sido el autor del daño, sino el artículo 1616 del Código Civil, cuando en punto de los perjuicios previsibles e imprevisibles al tiempo del acto o contrato señala que si no se puede imputar dolo al deudor, éste responderá de los primeros cuando son 'consecuencia inmediata y directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento'. Por lo demás, es el sentido del artículo 2341 *ib.* El que da la pauta, junto con el anterior precepto, para predicar la necesidad del nexo causal en la responsabilidad civil, cuando en la comisión de un 'delito o culpa' —es decir, de acto doloso o culposo— hace responsable a su autor, en la medida en que ha inferido 'daño a otro'."

De tal manera que puede sostenerse que el nexo causal hace referencia a la relación que debe existir entre el comportamiento o conducta del agente y el resultado desfavorable producido; esta verificación causal debe hacerse a través de un estudio retrospectivo donde se tienen en cuenta los hechos acaecidos que se considera han sido el antecedente de la consecuencia producida, teniendo siempre presente que en este proceso cada antecedente es un eslabón más de la cadena causal que ha intervenido en la generación del hecho que se investiga.

El objetivo que se busca entonces, con la carga que se impone de tener que probar el nexo de causalidad, en los procesos de responsabilidad civil, es establecer una relación entre la conducta asumida por una persona, natural o jurídica, y las consecuencias de sus actos, en otras palabras, lo que se pretende es probar la existencia de una conexión necesaria entre un antecedente (causa) y un consecuente (efecto).

PERO CUAL ES LA CONDUCTA DE LA EPS?

Revisado el caso en discusión, la entidad Nueva EPS S.A. cumplió con su responsabilidad de brindar al usuario el acceso a los servicios de salud en entidades acreditadas, reconocidas legalmente, debidamente facultadas para ofrecer la atención médica.

Autorizó todos los tratamientos que requirió el paciente.

A su cargo asumió los tratamientos requeridos por el usuario.

Cuando ha requerido otras atenciones en salud, las ha brindado a través de la red hospitalaria.

NO ENCONTRAMOS UNA SOLA DECISION DE LA EPS QUE CONSTITUYA EL NEXO CAUSAL ENTRE EL DAÑO SUFRIDO POR EL DEMANDANTE Y EL HECHO QUE CAUSA EL DAÑO.

Para el caso en concreto, la determinación y comprobación de la relación de causalidad requería la determinación de la conducta que como culposa se requiere para hilar la misma causalidad. Así entonces no se encuentra prueba dentro del recaudo probatorio que demuestre que la Nueva EPS. omitió, retardó o cumplió defectuosamente sus obligaciones frente a la usuaria.

Es claro que no es la E.P.S. la responsable dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud de los diagnósticos, procedimientos, rehabilitación y prevención de sus afiliados, tales obligaciones están radicadas en cabeza de los prestadores de servicios de salud (I.P.S.) tanto naturales como jurídicas, correspondiendo a la E.P.S. garantizar el acceso de su

16
111

afiliado o beneficiario a tales prestaciones a través de su red propia prestadora de servicios de salud o a través de una red externa contratada, obligación que se cumplió a cabalidad por mi mandante.

Igualmente se garantizó al usuario la prestación del servicio de acuerdo al artículo 159 de la Ley 100 de 1993 como se verá en las excepciones a plantear

El hecho dañoso

El demandante pretende endilgar una responsabilidad bajo el instituto de responsabilidad correspondiente a culpa o falla probada por falla en la prestación del servicio.

Respecto de la entidad Nueva EPS SA debe ser claro que la culpa probada por la falla médica hace relación expresamente a una actividad médica, que escapa de la órbita de manejo de la EPS.

Sin perjuicio que bajo la teoría de la culpa probada pueda endilgarse responsabilidad alguna a la entidad hospitalaria, en forma alguna puede derivarse de allí responsabilidad de la EPS.

Es evidente que no se ha determinado la causa del origen de la bacteria en el paciente, ya que la acción orienta a una falla en el servicio pero no define en qué momento se presentó la falla referida, ya que al parecer se lanzan tiros al aire, hablando de error en la cirugía inicial, atención inadecuada de síntomas que dicho sea de paso no dieron positivo para la bacteria ACITENOBACTER BAUMANII, es claro que se debe indicar en donde está el presunto error y no pretender que sea el juzgador quien adivine lo querido por el actor.

El daño

El daño lo encuadran en la situación de las presuntas secuelas en el paciente, sin embargo existen situaciones propias del paciente que pueden llevar a concluir que el daño en sí mismo considerado, devino no de la actuación médica intrahospitalaria sino de situaciones particulares, como por ejemplo, las comorbilidades y antecedentes médicos y quirúrgicos de la paciente, la deficiencia inmunológica de la paciente derivada de sus antecedentes médicos, particularmente la Diabetes Mellituss, los cuidados que tuvieron en los 8 días desde el alta médica hasta su reingreso etc., en este orden de ideas se debe hacer un análisis sobre el verdadero origen del daño, y junto a este la determinación de los perjuicios de orden material, moral y de vida de relación que pretenden los accionantes, en caso contrario se debe dar por sentado que existe una ruptura de nexo de causalidad por hecho propio del paciente, y de esta manera se eliminarían los elementos de la responsabilidad que se persigue con esta acción.

Adicional a lo anterior se debe mirar la entidad en la cual se presume se dio el origen del presunto daño, ya que, como se ha repetido hasta la saciedad, NUEVA EPS no es una entidad que preste servicios médicos, con lo cual, mal puede hablarse de responsabilidad de esta entidad en el origen de la presunta infección, con lo que dicho sea de paso se observa una absoluta FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA, en el entendido que al ser una entidad de carácter administrativo y no asistencial, no se le puede endilgar responsabilidad alguna por simple imposibilidad material para la realización del hecho dañoso alegado.

EXCEPCIONES DE FONDO

Plantearé como excepciones de fondo las siguientes, tendientes a que se dicte sentencia absolutoria a favor de la NUEVA EPS.

1. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

En palabras del maestro HERNANDO DEVIS ECHANDIA se establece que "tener legitimación en la causa consiste en ser la persona que, de conformidad con la ley sustancial, puede formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demandada por ser el sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial pretendida, se deja

1127

así bien en claro que no se trata de la titularidad del derecho o la obligación sustancial porque puede que estos no existan, y que basta que se pretenda su existencia; por eso puede ser perfecta la legitimación en la causa y, sin embargo, declararse en la sentencia que dicho derecho y tal obligación, no existen realmente"

En otros términos, están legitimadas en la causa las personas que jurídica y directamente van a ser afectadas en sus derechos por la sentencia, esto es por activa con el reconocimiento del derecho, y por pasiva en la eventualidad que la decisión final lo convierta en obligado al pago o resarcimiento de un daño del cual ha sido declarado responsable en atención a una realidad fáctica y procesal que determine fehacientemente que hay identidad del demandado con quien tiene el deber de satisfacer el derecho alegado, situación que en definitiva no se da en el presente caso.

Para que exista legitimación en causa por activa o por pasiva, necesariamente debe existir una relación precedente entre actor y accionado, con la cual se determine de manera clara y contundente una sentencia favorable para uno u otro.

En el caso que nos ocupa, y del cual fue vinculado NUEVA EPS, se observa que la pretensión va encaminada a definir la responsabilidad por unas secuelas presuntamente generadas por una infección (de origen desconocido pero que pretenden hacer ver como nosocomiales), desconociendo de manera flagrante las funciones que la Ley 100 de 1993 da a este tipo de entidades y en ningún momento se está cuestionando si la EPS en este caso NUEVA EPS, cumplió o no con sus obligaciones legales o contractuales para con el actor.

Debe recordarse que las funciones dadas por la Ley 100 de 1993 a las EPS están definidas en el artículo 178 así:

"ARTÍCULO 178. FUNCIONES DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD. Las Entidades Promotoras de Salud tendrán las siguientes funciones:

- 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<4>.*

113

ARTÍCULO 180. REQUISITOS DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD. La Superintendencia Nacional de Salud autorizará como Entidades Promotoras de Salud a entidades de naturaleza pública, privada o mixta, que cumplan con los siguientes requisitos:

1. Tener una razón social que la identifique y que exprese su naturaleza de ser Entidad Promotora de Salud.
2. Tener personería jurídica reconocida por el Estado.
3. Tener como objetivos la afiliación y registro de la población al Sistema General de Seguridad Social en Salud, el recaudo de las cotizaciones y la promoción, gestión, coordinación, y control de los servicios de salud de las Instituciones Prestadoras de Servicios con las cuales atienda los afiliados y su familia, sin perjuicio de los controles consagrados sobre el particular en la Constitución y la Ley.
4. Disponer de una organización administrativa y financiera que permita:
 - a) Tener una base de datos que permita mantener información sobre las características socioeconómicas y del estado de salud de sus afiliados y sus familias;
 - b) Acreditar la capacidad técnica y científica necesaria para el correcto desempeño de sus funciones, y verificar la de las Instituciones y Profesionales prestadores de los servicios;
 - c) Evaluar sistemáticamente la calidad de los servicios ofrecidos.
5. Acreditar periódicamente un número mínimo y máximo de afiliados tal que se obtengan escalas viables de operación y se logre la afiliación de personas de todos los estratos sociales y de los diferentes grupos de riesgo. Tales parámetros serán fijados por el gobierno nacional en función de la búsqueda de la equidad y de los recursos técnicos y financieros de que dispongan las Entidades Promotoras de Salud.
6. Acreditar periódicamente el margen de solvencia que asegure la liquidez y solvencia de la Entidad Promotora de Salud, que será fijado por el gobierno nacional.
7. Tener un capital social o Fondo Social mínimo que garantice la viabilidad económica y financiera de la Entidad, determinados por el Gobierno Nacional.
8. Las demás que establezca la Ley y el reglamento, previa consideración del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud⁴.

PARÁGRAFO. El gobierno nacional expedirá las normas que se requieran para el fiel cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo."

Lo que si está en cabeza de las EPS contratantes, es exigir el cumplimiento por parte de las IPS contratistas de los estándares impuestos por el Ministerio de Protección Social, que garantizan que dichas IPS han cumplido a cabalidad con sus obligaciones y que son organismos idóneos para la prestación de servicios de salud.

Igualmente debemos tener en consideración que las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud gozan de autonomía técnica, administrativa y financiera, otorgada por la Ley, de conformidad con el artículo 185 de la Ley 100 de 1993 que citamos a continuación

"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 veraz a los

19
114

usuarios, y evitando el abuso de posición dominante en el sistema. Están prohibidos todos los acuerdos o convenios entre Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, entre 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." (Negrillas nuestras)

Y resulta evidente entonces que no está dentro de sus obligaciones la de prestar de manera directa la atención asistencial a sus afiliados, dado que es la misma ley la que le confiere estas obligaciones a las IPS, razón de más para insistir en una absoluta falta de legitimación en la causa para el presente proceso

2. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR RUPTURA DEL NEXO CAUSAL POR HECHO O SITUACIÓN PROPIA DEL PACIENTE (CULPA DE LA VICTIMA)

Se ha manifestado en la contestación a los hechos de la demanda y se probara en el proceso, cómo las partes convocadas como demandadas en este proceso no son responsables del resultado alegado como dañoso, sino que se dan situaciones ajenas a su voluntad en el desarrollo de los procedimientos, y que dependen de la paciente, ya que como se sugiere desde un comenzó, se dan elementos como la patología que sufría las comorbilidades, y la pobre resistencia a las infecciones particularmente por su patología de base DIABETES MELLITUS, ya que a pesar de haberse tomado las prevenciones necesarias para la cirugía inicial, según la historia clínica, en el lapso que esta por fuera de la institución hospitalaria (IPS) se pudo dar por cuestiones ambientales una infección como la que ahora se estudia. Situaciones no reconocidas por los accionantes.

Si bien es cierto se tienen se presentan varias situaciones, que se quieren hacer ver como la causa directa de la secuela de la paciente, se debe observar la verdadera causa de la misma, ya que a pesar de no tenerse la certeza sobre su origen, las conjeturas iniciales de la acción indican que es por la presencia de la bacteria ACITENOBACTER BAUMANNII, pero la pregunta es DONDE SE ADQUIRIO LA MISMA, ya que hay un periodo por fuera del ambiente hospitalario, que también pudo llevar a que se adquiriera la misma, lo que lleva a pensar que el paciente en ese lapso pudo estar expuesto a la bacteria, no solo por efectos ambientales, o contacto directo del paciente con la bacteria, con lo cual se puso en riesgo el mismo, no obstante lo anterior, se observa que las atenciones médicas que se dan son acordes a los protocolos médicos y a la lex artis. En este orden de ideas, la demanda desconoce varias situaciones importantes y es la existencia de un hecho propio que tiene un incidencia fundamental en el resultado, ya que afectó la propia situación médica del paciente.

En este orden de ideas se debe observar en primer lugar cual es la CAUSA EFICIENTE o la CAUSA ADECUADA que lleva a la muerte del paciente, y se ve de plano que no es la atención, sino que por el contrario, la ENFERMEDAD DE BASE, a la cual se adelantan los protocolos necesarios y el diagnóstico diferencial necesario.

Para que se pueda hablar de responsabilidad, no se debe dejar de lado al elemento *nexo de causalidad*, en este orden de ideas la relación de causalidad esta llamada a establecer la relación causa efecto en una circunstancia determinada, esto es la causalidad va encaminada a determinar el POR QUE de las cosas esto es establecer qué o quién ocasionó determinada consecuencia, cuál fue la *causa, origen o génesis* por la cual sucedió esto y no lo otro.

En relación con este tema se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, al indicar que: "El fundamento de la exigencia del nexo causal entre la conducta y el daño no sólo lo da el sentido común, que requiere que la atribución de consecuencias legales se predique de quien ha sido el autor del daño, sino el artículo 1616 del Código Civil, cuando en punto de los perjuicios previsibles e imprevisibles al tiempo del acto o contrato señala que si no se

20
115

puede imputar dolo al deudor, éste responderá de los primeros cuando son 'consecuencia inmediata y directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento'. Por lo demás, es el sentido del artículo 2341 *ib.* El que da la pauta, junto con el anterior precepto, para predicar la necesidad del nexo causal en la responsabilidad civil, cuando en la comisión de un 'delito o culpa' —es decir, de acto doloso o culposo— hace responsable a su autor, en la medida en que ha inferido 'daño a otro'."

De tal manera que puede sostenerse que el nexo causal hace referencia a la relación que debe existir entre el comportamiento o conducta del agente y el resultado desfavorable producido; esta verificación causal debe hacerse a través de un estudio retrospectivo donde se tienen en cuenta los hechos acaecidos que se considera han sido el antecedente de la consecuencia producida, teniendo siempre presente que en este proceso cada antecedente es un eslabón más de la cadena causal que ha intervenido en la generación del hecho que se investiga.

El objetivo que se busca entonces, con la carga que se impone de tener que probar el nexo de causalidad, en los procesos de responsabilidad civil, es establecer una relación entre la conducta asumida por una persona, natural o jurídica, y las consecuencias de sus actos, en otras palabras, lo que se pretende es probar la existencia de una conexión necesaria entre un antecedente (causa) y un consecuente (efecto).

El principio de que debe haber una relación de causa a efecto entre el hecho ilícito y el daño es clarísimo e indiscutible. Las dificultades surgen a veces, en la práctica, para determinar hasta qué punto un hecho puede ser ocasionado por otro. El encadenamiento de los hechos que acontecen en el universo llega a veces al infinito. El autor de un hecho no podría ser responsable de todas, absolutamente todas, las derivaciones de aquél. Es necesario cortar en algún punto ese encadenamiento causal, estableciendo la responsabilidad hasta ese límite y no más allá. Quizá más grave que esta dificultad es la que resulta que los daños suelen originarse a veces en causas múltiples: ¿a cuál de ellas imputar la consecuencia dañosa?

El problema ha sido largamente debatido y ha dado lugar a que se sostengan distintas teorías.

a) Teoría de la *conditio sine causa*.- Según esta teoría, un hecho puede considerarse causa de otro posterior cuando si hubiese faltado el hecho precedente, el posterior no se hubiera producido. Cualquier antecedente que responda a estas condiciones debe ser considerado causa del daño; si existen varios hechos antecedentes, no hay razón para preferir uno y excluir a otro, cuando la falta de cualquiera de ellos hubiera imposibilitado la producción del daño. Por ello se la llama también la teoría de la equivalencia de las condiciones. Ha sido justamente criticada porque extiende la relación causal hasta el infinito, incluyendo las llamadas precondiciones o causas de las causas. Así, por ejemplo, un automovilista hiere levemente a un peatón; éste es llevado a una sala de primeros auxilios donde contrae una enfermedad contagiosa y muere. ¿El automovilista será responsable de la muerte?

b) Teoría de la causa próxima.- La propagación indefinida de la relación de causalidad, propia de la teoría que acabamos de exponer, condujo de la mano a esta otra: sólo la causa más próxima es relevante y excluye de por sí a las más remotas. Pero esta teoría se hace pasible de una seria crítica: no siempre la última condición es la verdadera causante del daño. Ejemplo: una persona hiere a otra de una puñalada; un tercero se ofrece a llevar a la víctima hasta el hospital sin reparar que su automóvil carece de nafta suficiente para llegar a destino, como consecuencia de lo cual aquélla muere por hemorragia. Aunque sea indudable que llegando a tiempo hubiera podido pararse la hemorragia y salvar la vida de la víctima, es obvio que la muerte de ésta no puede imputarse al conductor del automóvil (por más que hubiera culpa en ofrecerse debiendo saber que no podría llegar a destino), sino al autor de las lesiones.

c) Teoría de la causa eficiente.- Estas dificultades han pretendido salvarse sosteniéndose que debe considerarse causa a aquella de mayor eficiencia en la producción del daño. Pero no se gana mucho con esta teoría, porque no hace sino trasladar la dificultad: ¿en base a qué criterio se distinguirá entre las distintas causas y se decidirá que una es más eficiente que la otra?

21
116

d) Teoría de la causación adecuada.- Predomina hoy la teoría de la causación adecuada. Todo el problema consiste en determinar si la acción u omisión a la que se le atribuye el daño era normalmente capaz de producirlo; vale decir, el problema debe plantearse en abstracto, teniendo en consideración lo que ordinariamente sucede. Esta teoría brinda, como puede apreciarse, sólo una pauta general a la que debe ajustar su labor el juez teniendo en cuenta las circunstancias peculiares de cada caso. Y hay que reconocer que en ello reside uno de sus principales méritos. Porque en definitiva, como dice PUIG BRUTAU, son en realidad los tribunales los que han de resolver las cuestiones derivadas del nexo causal guiándose más que en teorías abstractas, por el criterio que en cada caso concreto pueda conducir a la solución justa.

TRAYENDO LA TEORIA AL CASO CONCRETO debemos indicar la serie de hechos que están incidiendo en el resultado final (tomado de la demanda y anexos)

1. Antecedentes médicos y quirúrgicos
 - a. Diabetes mellitus
 - b. Hipertensión
 - c. Obesidad
 - d. Colesistectomía
 - e. Liberación de adherencias y eventrorrafia
2. Cirugía de eventrorrafia con rafia (sin complicaciones).
3. Dan de alta y presenta reingreso por revisión de puntos.
4. Ante la no mejoría reingresa y se determina hospitalización.
5. Detección de bacteriana.
6. Atención medica intra y extra hospirtalaria

Observamos que de esta serie a eventos, los enumerados 1 y 3 no dependen de las entidades demandas, pero tienen una incidencia definitiva en el resultado final, obsérvese que los antecedentes médicos, la respuesta corporal a la cirugía, y los cuidados en el posoperatorio inmediato son eventos en los que las entidades demandadas no tienen que ver, pero que sin ellos el resultado sería uno muy diverso.

En el presente caso es necesario insistir que tanto Nueva E.P.S. S.A. como las IPS tratantes cumplieron con sus obligaciones, que hay ausencia de prueba de la existencia de un hecho generador de daño, sea por acción o por omisión, y finalmente, que hay ausencia plena de nexo de causalidad entre los hechos alegados como fuente del daño y el daño mismo.

Al respecto, se ha de insistir en que es claro que para determinar la existencia del nexo de causalidad entre el hecho dañoso y el daño, este nexo de causalidad debe ser evidente de modo que a los ojos del juzgador no quepa la menor duda de su existencia, lo que en el caso concreto brilla por su ausencia.

En el caso en cuestión es evidente que hay una carencia absoluta de prueba de nexo causal entre la supuesta omisión endilgada tanto a Nueva E.P.S. S.A. como a la IPS y el daño alegado.

Lo manifestado anteriormente está en consonancia con la jurisprudencia que se acoge actualmente:

"TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Popayán, veintiuno (21) de junio de dos mil once (2.011).

Magistrado Ponente: MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ Magistrado Ponente: MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ ÍGUEZ PÉREZ

*Expediente Expediente 2006 01100 00 2006 01100 00 2006 01100 00
Demandante Demandante ARSENIO MUÑOZ MUTIZ Y OTROS ARSENIO
MUÑOZ MUTIZ Y OTROS ARSENIO MUÑOZ MUTIZ Y OTROS*

Demandado Demandado HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE
POPAYÁN HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN HOSPITAL
UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN
Llamado en garantía Llamado en garantía SEGUROS DEL ESTADO S.A.
SEGUROS DEL ESTADO S.A. SEGUROS DEL ESTADO S.A.
Acción REPARACIÓN DIRECTA REPARACIÓN DIRECTA REPARACIÓN
DIRECTA

111

"Conforme al informe pericial, las historias clínicas del Hospital San José y Fundación Oftalmológica Vejarano y lo dicho por los médicos oftalmólogos, concluye la Sala que la atención suministrada por el Hospital Universitario San José de Popayán, al paciente ARSENIO MUÑOZ MUTIZ fue adecuado para el diagnóstico de pterigion bilateral que presentaba el paciente y que las complicaciones posteriores al procedimiento quirúrgico son las propias del mismo y obedecen a factores externos a la Institución asistencial, principalmente a la falta de cuidado del paciente, por lo que le correspondía a la parte demandante probar que el médico se equivocó en el procedimiento quirúrgico, que las complicaciones posteriores a la cirugía tuvieron como causa una mala praxis médica y que el señor ARSENIO MUÑOZ MUTIZ atendió todas y cada una de las indicaciones postquirúrgicas que hubieren impedido las complicaciones que presentó y sin embargo éstas ocurrieron. (...) "Frente a este último elemento, no hay demostrado el nexo de causalidad entre las consecuencias post - quirúrgicas sufridas por el señor ARSENIO MUÑOZ MUTIS y la cirugía practicada, sobre todo si se tiene en cuenta que la atención médica posterior a la cirugía fue realizada por un tercero como es la Fundación Oftalmológica Vejarano, quien fue la que controló toda esta etapa".

En sentencia del Consejo de Estado de 28 de abril de 2010 con ponencia de la Consejera RUTH STELLA CORREA PALACIO, respecto a la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, dijo:

"Al margen de las discusiones que se presentan en la jurisprudencia y en la doctrina en relación con el régimen probatorio de los elementos de la responsabilidad patrimonial por los daños que se deriven de la actuación médica del Estado, lo cierto es que existe consenso en cuanto a que la sola intervención - actuación u omisión- de la prestación médica debida no es suficiente para imputar al Estado los daños que sufran quienes requieran esa prestación, sino que es necesario que se encuentre acreditado que esa actuación fue constitutiva de una falla del servicio y que dicha falla fue causa eficiente del daño.

En otros términos, 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 soportar ese daño para que surja el derecho a la indemnización, sino que se requiere que dicho daño sea imputable a la Administración, y no lo será cuando su intervención aunque vinculada causalmente al daño no fue la causa eficiente del mismo sino que éste constituyó un efecto no previsible o evitable, de la misma afección que sufría el paciente o de otra causa diferente..."

3. INEXISTENCIA DE DAÑO INDEMNIZABLE IMPUTABLE A NUEVA EPS

Es claro que la atención brindada por la IPS y el cuerpo médico de esta y cubierta por NUEVA EPS fue la requerida por la afiliada, independientemente de las obligaciones que las IPS y sus cuerpos médico y de enfermería asuman de manera directa, ya que estos son los responsables de la atención, toda vez que los diagnósticos y tratamientos son tomados de manera independiente por los galenos de acuerdo a las especiales condiciones de la paciente (edad, antecedentes, tiempo de evolución, etc), lo anterior en ejercicio de la LEX ARTIS propia de esta profesión.

Es claro también que la mala praxis médica debe ser evidente y no solo valorar la situación por el resultado final, (muerte, agravamiento del paciente, secuelas etc), ya que esto puede llevar a error en la definición de la existencia o no de responsabilidad por parte del cuerpo médico o cualquier agente del SGSSS, por lo anterior se deben ver varios factores para determinar la existencia de responsabilidad, como los factores internos y externos del paciente, antecedentes del paciente, y en este caso particular la responsabilidad de cada uno de los partícipes en el hecho de acuerdo al esquema del SGSSS.

Visto lo anterior debemos indicar que NUEVA EPS S.A. cumplió a cabalidad sus obligaciones de naturaleza contractual, al haber dispuesto para la atención del paciente una red de IPS y estas a su vez los médicos generales y especialistas que atendieron de manera oportuna al paciente tanto antes, como en el momento y después de los hechos objeto de la presente acción.

La IPS puesta a su disposición, que prestó de manera eficiente y oportuna los servicios de médico asistenciales de conformidad con el criterio médico, así como la realización de todos los exámenes y pruebas adecuados para el correcto diagnóstico y tratamiento de la paciente, cosa distinta es el resultado final, que por ahora no está vinculado con la actividad positiva o negativa de NUEVA EPS en su condición de entidad promotora de salud.

Ahora, que si la parte actora pretende hacer algún tipo de importación en virtud de un procedimiento médico o una atención médica, esta debería estar dirigida contra la IPS y no contra la EPS, ya que las primeras (IPS) son las que tendrían la virtualidad de generar los hechos tendientes a la configuración del daño alegado, mientras que las EPS le es imposible, dada su naturaleza y actividades, generar una infección como la que se alega como dañosa, por el simple hecho de no ser una entidad que brinde servicios asistenciales.

Por lo anterior se insiste que ante la falta de legitimación en casusa por pasiva ya alegada, la imputación fáctica no es aplicable contra la NUEVA EPS, por lo que se solicita declarar probada esta excepción.

4. INEXISTENCIA DE HECHO ILÍCITO Y CABAL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE NUEVA EPS S.A.:

Para incurrir en el mundo de la responsabilidad jurídica debe haberse cometido un hecho ilícito. La teoría general de la responsabilidad civil señala que un hecho ilícito es un evento jurídicamente relevante de condición antijurídica cometido o ejecutado por un sujeto de derecho, de manera consciente, que ha causado una lesión o agravio a un interés jurídicamente protegido.

De la definición anterior se puede concluir, primero, que el acontecimiento ocasionado debe ser contrario al orden jurídico y a los valores de ese orden jurídico para que pueda ser denominado ilícito. Y segundo, que detrás de toda acción ilícita hay un juicio de valor: "qué es lícito y qué es ilícito"

Teniendo en cuenta lo anterior no es posible señalar que la NUEVA EPS S.A. cometió un hecho ilícito en la medida que no actuó de forma violatoria del orden jurídico, por el contrario cumplió a cabalidad las funciones y obligaciones que la ley le asigna.

Según la ley 100 de 1993 en su artículo 177, "las Entidades Promotoras de Salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados".

El artículo 178 enumera las funciones de Las Entidades Promotoras de Salud:

"[...] 3. Organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus Empresas Promotoras de Salud tienen la obligación de aceptar a toda persona que solicite afiliación y cumpla con los requisitos de Ley.

24
119

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...]"

NUEVA EPS S.A. en ningún momento negó el acceso al servicio de salud al paciente. Por el contrario, NUEVA EPS S.A. generó todas las autorizaciones requeridas de acuerdo a las necesidades del paciente y a los requerimientos del cuerpo médico.

Por último, es necesario aclarar, que NUEVA EPS S.A. no interrumpió nunca el servicio prestado al paciente, no se dejó ni de atender, ni de observar a la paciente, ni de tratarla con toda la disposición, las herramientas y los conocimientos con que contaban los médicos en ese momento.

Con lo anterior se desvirtúa el objeto de la demanda en el sentido de que la causa de la misma se da, de acuerdo al escrito de la demanda, como un incumplimiento contractual, cuando este no se da en ningún momento, por el contrario se deduce, incluso del texto de la demanda que Nueva EPS cumplió todas sus obligaciones contractuales a cabalidad, al punto de no haberse negado en ningún momento acceso, ni presentarse demora en las atenciones brindadas por las IPS que intervinieron en la atención médica de la actora.

5. INEXISTENCIA DEL FACTOR DE IMPUTACIÓN: CULPA A TÍTULO DE FALLA EN EL SERVICIO.

El factor de imputación o de atribución responde al por qué y cuándo es justo asumir un compromiso obligacional de resarcimiento del daño. En el caso concreto el factor de atribución es la culpa a título de falla en el servicio.

La culpa comporta una recriminación, un juicio de valor. Una acción humana es propensa al reproche cuando esa conducta es calificada bajo la luz de deberes sociales (diligencia, prudencia y pericia) y la acción no es acorde con esos deberes. La culpa, entonces, implica una crítica de conducta.

La culpa tiene tres manifestaciones: la imprudencia, la negligencia y la falta de pericia. La primera implica el abordar una actividad en condiciones tales que por la naturaleza de las circunstancias se coloca en riesgo a sí mismo o a un tercero. La negligencia consiste en abordar una actividad sin haber realizado los análisis y juicios requeridos para abordarla correctamente. Y la falta de pericia acontece cuando se aborda una actividad para cuya ejecución se requieren habilidades especiales sin contar con ellas.

6. AUSENCIA DE CULPA DE NUEVA EPS

Si para que sea indemnizable un daño, se requiere primero que exista el daño, y la existencia de un nexo entre ese daño y la actividad del demandado. Lo antes expuesto establece claramente como NUEVA EPS no ha generado grado alguno de responsabilidad y mucho menos de culpabilidad en la realización del supuesto hecho dañoso, ya que como se manifestó en un principio en la contestación de los hechos LOS ANALISIS, PRUEBAS, Y ORDENES DADOS CUIDADOS ESPECIALES, (hospitalización) MEDICAMENTOS ETC, fueron autorizados en su integridad de acuerdo a las necesidades de la paciente, por ende, NUEVA EPS actuó con la diligencia requerida dando las autorizaciones que le eran de su resorte, lo que quiere decir que de haber existido un error, (que debe ser probado en su integridad), éste devino de órdenes o procedimientos dados por OTRA ENTIDAD (IPS, Cuerpo médico o de enfermeros), la cual debe ser la responsable directa de este supuesto error, obviamente de haber existido.

No puede actuar el Despacho, atendiendo el yerro con el que nace esta demanda, al considerar una responsabilidad solidaria entre EPS e IPS (junto con su cuerpo médico y de enfermeros), ya que por su naturaleza y creación son entes independientes, y cada uno se hace responsable de su actuar, por lo tanto de existir culpa en las determinaciones

25
101

tomadas por los galenos en su momento cada uno de estos debe ser entendido como una actividad independiente y autónoma, no en conjunto, ya que de acuerdo al contenido de la demanda se está trasladando a NUEVA EPS una responsabilidad de un ente completamente diferente, situación que ante los ojos de la justicia no es aceptable.

7. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD

El acto médico demandado (CIRUGIA, HOPITALIZACION, ATENCION DE URGENCIAS) no fue desplegado por NUEVA E.P.S. S.A. La Empresa Promotora de Salud que represento, por ley, no se compromete con sus afiliados a prestar los servicios de salud, su compromiso y obligación legal consiste en garantizar el acceso a los servicios de salud, obligación que cumple a través de una red prestadora de servicios de salud que puede constituir con sus propias Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud o contratadas. En el presente caso, lo hizo a través de su red de IPS, y adicionalmente cada una de ellas (IPS) actúan con absoluta independencia y autonomía bajo su absoluta discrecionalidad científica.

Se incurre en error en la demanda al pretender de la Empresa Promotora de Servicios de Salud, obligaciones que sólo le son exigibles al Prestador de Servicios de Salud IPS, entidades que son de naturaleza eminentemente diferentes y en consecuencia el contrato suscrito para la afiliación al sistema de Seguridad Social en Salud a través de una EMPRESA PROMOTORA DE SALUD, Calidad que en el presente caso ostenta LA NUEVA EPS S.A., no es un contrato de prestación de servicios sino un contrato de afiliación al sistema.

Es decir, que la obligación que como supuestamente defectuosa se considera por el demandante, no estaba radicada en cabeza de NUEVA EPS S.A. sino en el equipo médico contratado por las IPS TRATANTES

El equipo de salud obligado a observa la lex artis, los protocolos de atención de esta clase de servicios médicos, y sobre todo a ajustar sus conductas médicas a los preceptos contenidos en la Ley 23 de 1981. De tal manera que no es posible para la Empresa Promotora de Salud, en este caso NUEVA EPS S.A. supervisar, coordinar, controlar ni vigilar la conductas de los profesionales de la salud contratados directamente por la IPS, es decir que no le es exigible responsabilidad alguna, puesto que sobre las personas que integraban el equipo médico no estaba a cargo ni bajo el cuidado y vigilancia de la Empresa Promotora de Salud y tampoco fue NUEVA EPS S.A. Quien desplegó los actos demandados, vale decir, no puede predicarse responsabilidad por el hecho propio ni tampoco responsabilidad de terceros que estén bajo su cuidado.

La responsabilidad por el hecho medico y por el hecho institucional, debe ser asumida por quien efectivamente lleva a cabo el acto, que por acción o por omisión haya causado un perjuicio.

Resulta evidente que la responsabilidad de la EPS radica en la escogencia de la red de prestadores de servicios de salud, de la contratación de la IPS habilitadas y de la calidad del servicio, en términos de oportunidad y accesibilidad.

Lo mismo no ocurre en torno a la prestación misma del servicio médico, dado que sobre el acto médico y el acto institucional, no tiene injerencia ni participación.

Por tanto la responsabilidad de una EPS no puede ir más allá de la declarada y prevista legalmente.

Así lo señaló la Sentencia C 616/01, donde establece lo siguiente:

"A través de la Ley 100 de 1993, el Congreso de la República instituyó un Sistema de Seguridad en salud que tiene como objetivo primordial lograr la universalidad, es decir, la cobertura de los habitantes, al señalar la obligatoriedad de la afiliación. El sistema ofrece a todos su afiliados, ya sean del régimen contributivo o del subsidiado, los beneficios de un plan obligatorio (Plan Obligatorio de Salud) que otorga protección integral a la salud con

26
121

atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, Así mismo contempla el deber del Estado de Ofrecer la Asistencia pública a todas las personas que no se encuentren afiliadas al régimen contributivo o subsidiado, durante un periodo de transición, mientras gradualmente se llega a la universalidad del sistema.

Para la administración del sistema la ley contempla un diseño institucional dentro del cual es posible diferenciar, por un lado las Entidades Promotoras de (EPS) cuya responsabilidad fundamental es la afiliación de los usuarios y la prestación a sus afiliados del Plan Obligatorio de Salud (POS), y por otro lado las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS), que son entidades privadas, oficiales, mixtas, comunitarias o solidarias, organizadas para la prestación de los servicios de salud a los afiliados al Sistema, dentro de la EPS o fuera de ellas.

Se tiene de esta manera que las EPS podrán prestar los servicios del POS directamente, a través de su IPS, o contratar con IPS o con profesionales independientes, o sin grupos de práctica profesional debidamente constituidos. A su vez los usuarios podrán elegir libremente, primero la EPS a la cual desean afiliarse, y luego, la IPS dentro de las opciones ofrecidas".

Debo concluir que pretender extender la responsabilidad por el acto médico a NUEVA EPS S.A., equivale a determinar contra NUEVA EPS S.A. una responsabilidad objetiva --basada en el hecho de un tercero— respecto del cual no está en posibilidad de controlar o dirigir, al no poder estar en cada consultorio médico o sala de cirugía en que se atiende a un afiliado suyo.

Así mismo se precisa tener presente que con relación al ejercicio de las profesiones de la salud, rige el principio de confianza, máxime cuando se trata de PERSONAS JURÍDICAS y se infiere que cada una de las personas naturales (profesionales de la salud) y jurídicas contratados cumplirán su rol.

No existe el deber objetivo de cuidado de vigilancia frente a las personas naturales y jurídicas contratadas. No se puede esperar que la E.P.S. tenga un vigilante para cada uno de los actos de cada uno de los médicos e instituciones que contrata, su deber de cuidado llega hasta la selección del personal y de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y la disponibilidad de recursos físicos y técnicos para la atención de sus usuarios. Pretender tal situación sería atentar contra la autonomía del médico, tan duramente defendida en todos los ámbitos, en consideración a que este se rige por la Lex artis, solo propia de los galenos, lo que los hace responsables de su actuar de manera directa.

"La lex artis. La determinación de una mala praxis en la formulación de un diagnóstico debe estar precedida por un acatamiento a las normas que constituyen la denominada lex artis.

Lex artis, constituye un comportamiento por parte del profesional médico que se adecue a las normas o disposiciones de orden médico y técnico y de aquellas reglas que sin estar mencionadas expresamente forman parte de la veterata consuetudo y que tienen que gravitar como indicadores de la conducta médica.

La estimación que se efectúe de esas reglas señalará o no la existencia de una responsabilidad, teniendo en cuenta que son insustituibles y de mayor estricto cumplimiento para la neutralización de cualquier imputación en la conducta del médico de la existencia de culpa. (conf. Juan H. Sproviero, Mala Praxis, Buenos Aires, Abeledo-Perrot , 1994, p.181.)

Cuando un médico al efectuar un diagnóstico actúa con el conocimiento debido del arte y la ciencia queda evidenciada su idoneidad exigible a todo profesional en la materia, más allá del error o equivocación que la falibilidad humana admite.

En tal sentido debe tenerse en cuenta que es imprescindible la idoneidad como presupuesto básico de la lex artis, porque en ese caso se excluye la posibilidad de una impericia, que constituye uno de los elementos indispensables para configurar la culpa médica; en una palabra la idoneidad constituye un factor positivo de suficiencia técnica que elimina la

27
1221

posibilidad del factor negativo, cual lo es la impericia que es un desconocimiento de los conocimientos técnicos imprescindibles para llegar a un diagnóstico correcto.

La lex artis y la adopción de las normas que ella implica tornan totalmente inculpable al acto médico que implica el diagnóstico cuando el mismo no es acertado, por ende, la normal aplicación de las reglas que la configuran conduce en ese caso a que el diagnóstico equivocado o erróneo sea totalmente excusable.

En tal sentido, respetando los elementos configurativos de la lex artis para establecer un diagnóstico, el médico debe aplicar todos los elementos clínicos y paraclínicos que la medicina en su estado actual de tecnología otorga.

La omisión de algún elemento trascendental para obtener el diagnóstico correcto puede constituir una conducta culposa y deplorable que en resumidas cuentas implica una responsabilidad del profesional actuante." (Argumento tomado de Antonio Grille -Uruguay). (negrilla y resaltado fuera de texto)

De todo lo anterior nuevamente se concluye que la responsabilidad que por acción o por omisión de los médicos tratantes se pretende endilgar y extender a NUEVA EPS no es ni lógica ni jurídicamente posible.

8. INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE LA ACTIVIDAD DE NUEVA EPS Y EL RESULTADO FINAL

Se ha establecido a lo largo de este escrito y en especial en las excepciones hasta ahora planteadas que NUEVA EPS S.A. en su condición de empresa promotora de salud, en el organigrama establecido en el sistema general de seguridad social en salud (SGSSS), cumplió a cabalidad las obligaciones generadas en tal calidad en lo que respecta al paciente, se ha repetido hasta la saciedad que NUEVA EPS S.A. brindo las condiciones necesarias para la atención en salud al paciente, que en los hechos se reconoce de manera expresa que la atención dada, por lo menos en lo que corresponde a las autorizaciones, oportunidad, y puesta a disposición de los medios necesarios para su atención FUE LA NECESARIA.

Cosa distinta es la atención que tanto la IPS como el cuerpo médico haya dado al paciente de manera directa, ya se ha dicho con antelación que sobre el acto médico y el acto institucional, la EPS no tiene injerencia ni participación ni participación alguna.

Este punto ya ha sido tratado por la jurisprudencia nacional, en la que se reconoce de manera directa que la EPS no se le hace extensivo el resultado dañoso por errores, omisiones o deficiencias generada en la IPS o por parte del cuerpo médico tratante, esto ha manifestado el H. Consejo de Estado en fallo reciente:

" (...)

IV.- Las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar y por esa razón la sentencia de primera instancia objeto del recurso de apelación será revocada, por cuanto dentro del proceso se probó la existencia de los elementos constitutivos de falla en el servicio, que resultan determinantes en la producción de la muerte del menor (...).

Debe señalarse claramente que la génesis de la litis se ubica única y exclusivamente en la atención que recibió el menor en los minutos siguientes a su nacimiento, pues se encuentra acreditado que todos los cuestionamientos que precedieron al alumbramiento, relativos especialmente a la necesidad de una cesárea por la estrechez pélvica y el antecedente de parto instrumentado, se encuentran revaluados si se asume como hecho real y cierto la normalidad del parto, la inexistencia de sufrimiento fetal y la buena condición de salud con la que nació la criatura (apgar 8-10).

La Sala observa que dentro del proceso se integran simultáneamente los elementos estructurales de la responsabilidad civil extracontractual del Estado,

así, el hecho imputable a la administración consistente en la falta de recursos logísticos necesarios y básicos para atender la emergencia presentada en relación con el menor fallecido, se encuentra probada con las declaraciones testimoniales de los señores (...). El daño por su parte se concreta propiamente con la muerte del menor (...) y se predica frente a quienes son demandantes dentro de esta actuación (padres y hermana de la víctima directa). La existencia de la relación o nexo de causalidad entre el hecho imputable a los demandados y el daño alegado, se verifica partiendo del hecho probado relativo a la carencia de recursos, especialmente reflejados en los inconvenientes presentados con el oxígeno en la Sala de partos. En efecto, se probó que el neonato presentó una complicación en su estado general de salud, calificado inicialmente como "óptimo" con un apgar 8-10, dentro del período del postparto, contingencia cuyos orígenes son desconocidos. Sin embargo, la médica tratante consideró que en la implementación de la conducta médico - científica requerido para conjurar la emergencia, era necesario e indispensable el suministro de oxígeno, procedimiento que se frustró por la carencia de ese elemento en la sala de partos, frente a esta situación fue necesario que el celador, el padre de la menor y una de las auxiliares de enfermería presentes, acudieran a otras dependencias de la misma institución de salud para conseguir una pipeta de oxígeno que, una vez ubicada, presenta una avería en las mangueras haciéndose imposible su puesta en funcionamiento y por esa misma causa imposible el suministro oportuno de gas al paciente, pues el tiempo transcurría, el paciente empeoraba en su estado de salud y el procedimiento sugerido en estos casos por la ciencia de la medicina que incluye la necesidad de proporcionarle gas -oxígeno, no se cumplió, circunstancias que implican, no sólo una sino múltiples fallas en la prestación del servicio.

De esta forma, no haber agotado el procedimiento o tratamiento médico requerido dada la afección presentada por el paciente, especialmente cuando ello no es posible por la reprochable insuficiencia de elementos necesarios y básicos indispensables requeridos para la atención de una urgencia en un establecimiento hospitalario, constituye sin hesitación alguna, una falla en la prestación del servicio.

En relación con la responsabilidad que se imputa en la demanda a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones - CAPRECOM - debe señalarse que, como se ha indicado anteriormente, la falla en la prestación del servicio se produjo por la carencia de recursos físicos necesarios para una adecuada atención médica que requirió el recién nacido en el Hospital (...), entidad en la que fue asistido el parto de la demandante en virtud de la relación contractual existente entre la entidad promotora de salud (E.P.S) y la institución prestadora del servicio (I.P.S.), sin embargo, de los documentos allegados al proceso se observa claramente que CAPRECOM no intervino, ni directa, ni indirectamente en la producción del hecho dañoso y por esa razón no es posible endilgársele responsabilidad alguna a título de falla en la prestación del servicio, todo lo contrario, se acreditó que la disposición para la atención de la paciente por parte de la (E.P.S) CAPRECOM fue permanente. Por las anteriores razones la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM será absuelta." (negrilla y resaltado fuera de texto) CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejera ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil diez (2010).

Démonos cuenta como se establece en la jurisprudencia anotada que existe limite a la responsabilidad de cada uno de los integrantes del sistema, por lo que no se puede inferir de manera anticipada que un error u omisión de haber existido en el tratamiento al paciente sea imputable de manera inmediata a la EPS a la que está afiliado el paciente, y menos aun cuando por parte de dicha entidad (para el presente caso NUEVA EPS), se ha demostrado no solo con las pruebas obrantes en el proceso, sino por la manifestación propia de los demandante en el libelo introductorio, que se dio la atención necesaria, que no le falto nada, que se dio la medicina requerida, etc, que son obligaciones de la EPS por

29
124

medio de las autorizaciones solicitadas para el servicio, con lo cual su obligación está cumplida a cabalidad, lo que necesariamente implica que el actuar de NUEVA EPS no fue determinante para el resultado, y de igual manera NUEVA EPS en ejercicio de sus obligaciones no entorpeció los procedimientos definidos por los médicos, por el contrario brindó el apoyo necesario y no puso traba alguna para la óptima atención del paciente.

De lo anterior puede deducirse de manera absoluta y definitiva que **NO HAY ACTO DE PARTE DE NUEVA EPS DEL QUE SE PUEDA ESTABLECER UNA CONDUCTA CONTRARIA A DERECHO YA QUE ESTA ENTIDAD ACTUO DENTRO DE LOS LIMITES DE SUS OBLIGACIONES CON TODA LA DISPOSICIÓN Y DENTRO DE LOS PARAMETROS DE OPORTUNIDAD Y EFICIENCIA PROPIOS DE LA ENTIDAD.**

Solicito que las argumentaciones dadas en las excepciones anteriores sean tenidas en cuenta en la presente excepción ya que los argumentos se fundan en las mismas razones de hecho y de derecho lo que haría repetitivo este documento

9. CARENCIA ABSOLUTA DE PRUEBA DE NEXO CAUSAL ENTRE LA OMISIÓN ENDILGADA A NUEVA EPS Y EL DAÑO ALEGADO

El *onus probandi* (o carga de la prueba) expresión latina del principio jurídico que señala quién está obligado a probar un determinado hecho ante los tribunales.

El fundamento del *onus probandi* radica en un viejo aforismo de derecho que expresa que "lo normal se presume, lo anormal se prueba". Por tanto, quien invoca algo que rompe el estado de normalidad, debe probarlo ("*affirmanti incumbit probatio*": a quien afirma, incumbe la prueba). Básicamente, lo que se quiere decir con este aforismo es que la carga o el trabajo de probar un enunciado debe recaer en aquel que rompe el estado de normalidad (el que afirma poseer una *nueva* verdad sobre un tema).

Tal como lo establece Couture la carga procesal es "*una situación jurídica, instituida en la ley, consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él*". La carga de la prueba es la que determina cual de los sujetos procesales deben "*proponer, preparar y suministrar las pruebas en un proceso*", en otras palabras, el principio de la carga de la prueba es el que determina a quien corresponde probar. La importancia de determinar quien posee la carga de la prueba se da frente a hechos que han quedado sin prueba o cuando esta es dudosa o incierta, pues la carga determina quien debió aportarla, y en consecuencia indica al Juez, la forma como debe fallarse en una situación determinada. En razón de lo anterior puede decirse que la carga de la prueba "*Es el instituto procesal mediante el cual se establece una regla de juicio en cuya virtud se indica al Juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables de su desidia*".

Frente al tema se encuentra el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil que establece: "*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de la normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*", correspondiéndole a la demandante probar los hechos que sustentan su pedimento.

Luego de esta introducción al tema, y llevándolo al caso concreto, surgen muchas dudas respecto de los dichos de la parte actora, y ella omite aportar las pruebas necesarias para dar sustento a las afirmaciones dadas por lo menos en lo que atañe a la responsabilidad de NUEVA EPS, además se observa que en el aparte de pruebas no se hace una relación de pruebas tendientes a demostrar el dicho general de la acción, esto es la demostración del nexo de causalidad entre ATENCION y PERJUICIO, sino que se limitan a hacer una relación de pruebas obre unos presuntos perjuicios económicos, es decir lo consecencial al presunto daño, no el daño mismo o su causa directa, considero importante para efectos de la presente acción orientar al juzgador a determinar si efectivamente se dio o se cometió un error en la acción medica, y que esta es la generadora de los perjuicios de orden material y moral que se pretenden, pero se observa que dicha orientación no existe, que se basa en

supuestos que carecen de prueba, y que definitivamente no van orientados a lo que se pretende.

Entonces no corresponde a NUEVA EPS demostrar que la ATENCION MEDICA no guardaban relación con el daño, sino a la parte demostrar que dicha situación es así, y al no darse de esta manera en el proceso, no queda más que dar por demostrada la esta excepción, ya que al desaparecer algún elemento de la responsabilidad en cabeza del demandado (hecho, daño nexos causal), simplemente la responsabilidad desaparece.

De otra parte le corresponde a la parte demandante demostrar el daño o perjuicio material que alega haber sufrido ya que no basta solo con indicar valores presuntos, sino que debe demostrar este dicho, y en este proceso brilla por su ausencia esta demostración, por lo tanto al carecer de prueba de daño material indemnizable esta pretensión también debe ser desechada en la sentencia.

10. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, Y COBRO DE LO NO DEBIDO

De todo lo anteriormente expuesto se deduce entonces la existencia de un cobro de lo no debido y correlativamente un enriquecimiento sin causa, dado que la situación médica estudiada se dio sobre los parámetros de la Lex Artis, y no se presento negligencia, negativas injustificadas o situaciones que hubieran llevado al resultado que ahora se considera como dañoso, por lo tanto debe ser declarada estas excepciones.

Adicionalmente, las pretensiones desbordan los parámetros establecidos por la jurisprudencia nacional, de otra parte los perjuicios materiales alegados no se compadecen con la realidad de quien los alega.

De otra parte, para ser tenido en cuenta, si bien es cierto que la responsabilidad médica es una fuente de obligaciones, en el evento en que se llegue a la cabal demostración de los elementos de la responsabilidad, cabe aclarar que, en sí misma, esta responsabilidad no puede ser tomada como FUENTE DE ENRIQUECIMIENTO, puesto que se está hablando de la estabilidad de un sistema de seguridad social en salud, de por sí menguado por este tipo de acciones. De esta forma, las pretensiones de indemnización deben ceñirse a lo establecido en la Ley para ello, en lo que relativo al cumplimiento con la carga de la prueba o principio básico del ONNUS PROBANDI, que indica que debe haber una prueba que oriente al juez para que al momento de fallar lo haga en derecho, y de acuerdo a la sana crítica. No basta entonces con enlistar solicitudes de indemnizaciones por diferentes conceptos sin establecer las razones (o pruebas que demuestren) que hay lugar a ellas, en especial cuando se observa una serie de pretensiones por fuera de los límites establecidos en la jurisprudencia nacional, de una parte, y de otra unas indemnizaciones patrimoniales que no estan demostradas.

Así, no se debe olvidar que la responsabilidad médica no puede ser utilizada como medio de enriquecimiento, ya que con este actuar, se están vulnerando los derechos de la comunidad, por cuanto con este tipo de pretensiones se está poniendo en riesgo la estabilidad del Sistema de Salud.

11. EXCEPCIÓN INNOMINADA

Solicito al Señor Juez decretar todas aquellas excepciones que aparezcan probadas dentro del plenario.

CARGA DE LA PRUEBA

Le corresponde a los demandantes probar primero que exista un daño, segundo que dicho daño sea imputable a actos volitivos positivos o negativos de la EPS, que sean nexos causal que relacione el presunto error con el daño. Para el caso de esta demanda, no existe la posibilidad de demostrar ningún acto volitivo de la NUEVA EPS S.A., tendiente a la configuración del daño alegado.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Radicación número: 08001-23-31-000-1993-07622-01 (19846), veintisiete (27) de abril de dos mil once (2011):

"(...) 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 además que dicho daño sea imputable a la Administración, y sólo lo será cuando su intervención hubiera sido la causa eficiente del mismo. (...)"

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente No.2001 00778 01, ocho (8) de agosto de dos mil once (2011).

"(...) lo cierto es que la prueba denunciada por la censura como preterida, esto es, el certificado médico expedido por el doctor César Augusto Giraldo tan sólo da cuenta de que el señor Barrera Ochoa falleció como consecuencia de una enfermedad coronaria (folio 2, C.1), hecho que, en el hipotético caso de que estuviere acreditada la culpa, no demuestra perse que aquella se hubiere desencadenado necesariamente por la supuesta omisión en que incurrieron los médicos tratantes -no remitir al paciente a un centro clínico u hospitalario para el control de su crisis hipertensiva-

Súmase a esto, que el recurrente no se percató que el fallador, en torno a la relación de causalidad, coligió que los elementos de persuasión recaudados no daban cuenta de ella y que estaba probado que el señor Barrera Ochoa dejó de tomarse los medicamentos que le habían sido recetados para el control de la presión arterial, exponiéndose imprudentemente a los resultados de su omisión, reflexión frente a la cual ningún reparo formuló. (...)"

Por lo tanto, se puede concluir que es claro que según el mandato del artículo 167 del C. G. P., la carga probatoria de los supuestos de hecho está radicada en cabeza de la parte que pretende derivar de ellos determinadas consecuencias jurídicas, lo cual implica que, con fundamento en el deber de lealtad procesal que debe inspirar las distintas actuaciones procesales de las partes, la parte demandante debe exponer los hechos en los cuales fundamenta sus pretensiones y las pruebas que al efecto pretende hacer valer. En cuanto a la prueba del nexo de causalidad entre el hecho generador alegado y el supuesto daño causado, establecer el primero de los elementos equivale a llegar a la certeza de que la actuación de la entidad demandada constituyó la causa adecuada o eficiente del daño que la víctima busca le sea reparado, de lo contrario, la consecuencia es la no acreditación de lo manifestado en el plenario.

SOLICITUD DE PRUEBAS

Con el debido respeto solicito el decreto y práctica de las siguientes pruebas:

DOCUMENTALES:

Las aportadas con la demanda.

OFICIOS

En el evento de que no haya sido aportada, se oficie a LA IPS CENTRO MEDICO Y OFTALMOLOGICO de la ciudad e IBAGUE (HOY DENOMINADA CLINICA METROPOLITANA CMO IPS SAS) para que allegue al Juzgado copia íntegra y autenticada de la Historia Clínica de la señora LUZ AMPARO CONTRERAS CARRILLO quien se identifica con la C.C. 38.223.666. EN ESPECIAL LO REFERENTE A LA EPOCA DE LOS HECHOS debe establecerse y certificarse si hubo alguna atención entre el 18 de octubre de 2014 y el 18 de noviembre de 2014

421

En el evento de que no haya sido aportada, se oficie a LA IPS CLINICA TOLIMA S.A. de la ciudad e IBAGUE para que allegue al Juzgado copia íntegra y autenticada de la Historia Clínica de la señora LUZ AMPARO CONTRERAS CARRILLO quien se identifica con la C.C. 38.223.666. EN ESPECIAL LO REFERENTE LA EPOCA DE LOS HECHOS debe establecerse y certificarse si hubo alguna atención entre el 18 de noviembre de 2014 EN ADELANTE.

PARA EFECTO DE DEMOSTRAR GESTION PREVIA SE ANEXAN COPIAS DE LOS DERECHOS DE PETICION A LAS ENTIDADES CON MIRAS A LA CONSECUION DE LAS HISTORIAS CLÍNICAS, Y SU ENTREGA AL DESPACHO DE CONOCIMIENTO

INTERROGATORIOS DE PARTE

Solicito al Señor Juez, se sirva fijar fecha y hora para escuchar en interrogatorio de parte que se hará a cada uno de los demandantes mayores de edad, de manera verbal o por escrito en sobre cerrado, a mi elección, sobre los hechos de la demanda y de las respectivas contestaciones, quien puede ser notificada de la diligencia en la dirección aportada en la demanda.

TESTIMONIALES

- TESTIMONIALES:

Con todo respeto, en atención que su lugar de residencia es la ciudad de Bogotá, solicito que si el despacho lo considera pertinente, libre despacho comisorio dirigido al SEÑOR JUEZ ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ (REPARTO) o al que corresponda conforme a lo que decida el Juzgado con el fin de que sea fijada fecha y hora para tomar prueba testimonial al doctor **YASSER FAROUTH CAMACHO MEJÍA** Jefe de Autorizaciones de Nueva EPS o a quien hagan sus veces, para que determine la oportunidad en las autorizaciones dadas a la paciente LUZ AMPARO CONTRERAS CARRILLO quien se identifica con la C.C. 38.223.666, así como su trámite e historial, quien por razón de su domicilio se puede notificar para la diligencia en la carrera 85K 46 A – 66 piso 2o de la ciudad de Bogotá o por intermedio del suscrito apoderado.

OBJETO: Depondrá sobre las autorizaciones y situaciones de acceso a servicios de salud para los afiliados, y particularmente para la señora LUZ AMPARO CONTRERAS CARRILLO quien se identifica con la C.C. 38.223.666

NOTIFICACIONES

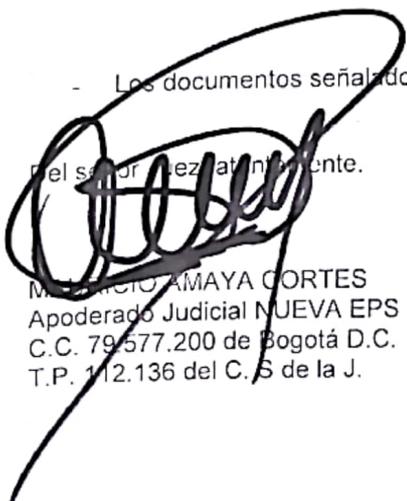
NUEVA EPS S.A. E.P.S.-S., en la carrera 85K 46 A – 66 piso 2 de la ciudad de Bogotá.

El suscrito en la Secretaría de su Honorable Despacho o en la Carrera 12 No. 71-53 oficina 103 de la ciudad de Bogotá.

ANEXOS

Los documentos señalados en el acápite de pruebas.

Del señor Juez atinadamente.


FERNANDO CAMACHO MEJÍA
Apoderado Judicial NUEVA EPS S.A.
C.C. 79.577.200 de Bogotá D.C.
T.P. 112.136 del C. S de la J.

JUZGADO SEXTO CIVIL DEL CIRCUITO
IBAGUE TOLIMA

21 ENE. 2020

EN LA FECHA

11:15 A.M. 42 folios

FERNANDO CAMACHO MEJÍA
SECRETARIO

129

JUZGADO SEXTO CIVIL DEL CIRCUITO

Ibagué Tolima, diciembre diez (10) de dos mil veinte. (2020).

Radicación N° 73001-31-03-006-2019-00219-00.

El apoderado de la parte demandada ha presentado con la contestación de la demanda excepciones de fondo y objeción al juramento estimatorio, motivo por el cual se impone correr traslado de las mismas a las demás partes interesadas, traslado que según lo dispone el artículo 370 del Código General del Proceso debe surtir en la forma indicada por el artículo 110 de la misma obra.

Sin embargo de lo anterior, encuentra el Despacho que en razón a la Pandemia del Covid-19, no se está atendiendo al público de manera presencial, lo cual impide a las partes poder visualizar la mencionada fijación en lista.

Como consecuencia de lo anterior y en virtud de proteger los Derechos Constitucionales de defensa y al debido proceso de las partes que han comparecido como demandados, el Despacho a efectos de continuar el trámite del proceso, correrá traslado de las mencionadas excepciones de fondo y objeción al juramento estimatorio, por medio del presente auto, el cual brinda mayores garantías a las partes, al permitírsele acceder al contenido de esta providencia y del respectivo escrito de excepciones de fondo a través del Estado Electrónico subido a la página de la Rama Judicial, con el fin de que si lo consideran necesario, puedan pronunciarse al respecto.

En virtud de lo brevemente expuesto, la suscrita Jueza Sexto Civil del Circuito de Ibagué Tolima,

RESUELVE:

1.- CORRER traslado de las excepciones de fondo propuestas y objeción al juramento estimatorio por el apoderado de la parte demandada en escrito que reposa a folios anteriores del presente cuaderno, por el término de cinco (5) días.

2.- ORDENAR que por Secretaría se controlen los términos correspondientes.

3.- **VENCIDO** el término de traslado de las excepciones de fondo y objeción al juramento estimatorio, vuelva el proceso al Despacho para continuar su trámite.

NOTIFÍQUESE.

La Jueza,



LUZ MARINA DÍAZ PARRA