

Honorables Magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
secscftsvpar@cendoj.ramajudicial.gov.co
M.P. Dr. Jesus Armando Zamora Suarez
VALLEDUPAR – CESAR
E.S.D.

Referencia: DECLARATIVO – VERBAL
Demandante: YONAIDE ISABEL CAMPO RODRÍGUEZ Y OTROS.
Demandado: NUEVA EPS S.A.
Expediente: 2015 – 00334

*****SUSTENTACION RECURSO DE APELACIÓN*****

DANNA ALEJANDRA MARTÍNEZ AGUILAR, identificada con cédula de ciudadanía 1.032.454.279 y Tp. 265.773, actuando en calidad de apoderada judicial sustituta y encontrándome en el término legal conferido por su H. Despacho para presentar sustentación de los reparos planteados por esta defensa en el recurso de apelación al fallo proferido por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Valledupar, de conformidad con las previsiones del Código General del Proceso, procedo hacer la referida sustentación tendiente a que sea **REVOCADA** en su integridad el fallo de primera instancia con base en la siguiente argumentación.

DEL OBJETO DEL PROCESO Y EL FALLO IMPUGNADO

Atendiendo al principio de congruencia que debe estar presente en el desarrollo del proceso, la demandante imputa responsabilidad por la pérdida de mama de la señora Yonaide Isabel Campo Rodríguez argumentando que existió una falla en la prestación de los servicios médicos, ya que a la señora Campo Rodríguez le tomaron una muestra insuficiente para realizar biopsia y así llegar con oportunidad a un diagnóstico y tratamiento oportuno del carcinoma túbulo lobulillar infiltrante, pues la biopsia se tomó con aguja bacaf y no con aguja trucut como se había ordenado.

En este sentido el litigio se fijó en determinar si existió error o no en dicho procedimiento y si este es imputable a Nueva EPS, así como si hay lugar al reconocimiento de los perjuicios pretendidos.

La sentencia recurrida se sustenta en que existe responsabilidad de Nueva EPS S.A. en relación con los hechos alegados, toda vez que estando bajo un régimen de responsabilidad de culpa probada, el demandante debió probar la culpa con que actuó Nueva EPS S.A., así mismo señaló el a-quo que aunque se dio seguimiento médico, existió un error diagnóstico, pues existió un error en el procedimiento en la práctica de la biopsia practicada en 2011, señaló así mismo que existió una demora en la atención de la cita médica de 11 meses, donde existía un cuadro presuntivo de 11 meses, y desestima las alegaciones de la defensa en razón al prestación conjunta de los servicios de salud.

Señaló el demandante, que la defensa no probó que el cuerpo médico no se equivocó en la toma de la biopsia, ni se desvirtuó la culpa ni el nexo causal entre el hecho y la pérdida del seno derecho de la demandante Yonaide Campo Rodríguez, indicando que además no se habían controvertido los valores de la demanda.

En ese sentido, indica el señor juez que no puede Nueva EPS S.A. pretender eximirse de responsabilidad, por no ser la entidad que cometió el acto médico que conllevó al error diagnóstico, máxime cuando criticó la ausencia de un dictamen pericial que controvertiera el aportado. Además, señala que la señora Yonaide posee como consecuencia de ese error médico una metástasis de nódulos y tumoral en columna.

Valga la pena en este punto hacer ver varias situaciones:

1. La patología de base, y su evolución.
2. La condición de avance de la patología.
3. El diagnóstico diferencia desarrollada.
4. La necesidad de la prueba diagnóstica.
5. Si con esta prueba podría o no cambiar el resultado atendiendo que es una enfermedad catastrófica.

Desde otro punto de vista el análisis probatorio decretado y desarrollado no cumple con los cometidos básicos de la definición de responsabilidad bajo el esquema de la CULPA PROBADA, sino que solamente analizan el resultado, sin definir si efectivamente existe causalidad entre la actividad de las accionadas y el resultado final, que con el simple análisis de la enfermedad y su evolución se rompe de manera tajante.

Finalmente, la parte de análisis de pruebas en lo que respecta al daño, y su resarcimiento, se observa que se está imputando un 100% del daño a las actividades desplegadas, por las entidades, dejando de lado la realidad de la enfermedad, que obviamente es una situación ajena a las accionadas, y cuyos efectos no pueden ser imputados a estas.

En lo que respecta a los juicios de resarcibilidad planteados, se debe indicar, que el A-quo, no tuvo en cuenta una situación muy importante y que se resalta desde la misma contestación de la demanda, y es la CALIDAD E BENEFICIARIA DEL SISTEMA DE SALUD, lo que de plano nos indica que NO APOPRTA AL SISTEMA, y en este sentido no se pueden, como lo hace el juez de primera instancia, hacer presunciones en contra de la sostenibilidad del sistema, cuando lo que se evidencia es una forma de DEFRAUDAR EL SISTEMA DE SALUD, al alegar ingresos inexistentes, o que por lo menos no se reportan al sistema, afectando su equilibrio económico, y los principios básicos de sostenibilidad y solidaridad.

Temas todos que serán analizados en este documento y que fueron parte de los reparos planteados inicialmente los cuales desde ahora se ratifican y complementan.

REPAROS DE LA APELACIÓN

En atención a los argumentos del Fallador de primera instancia se presentó recurso de apelación en esa instancia, con fundamento en los siguientes puntos:

1. INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA

FRENTE AL DICTAMEN PERICIAL

Para que un dictamen pericial sea eficaz, se requiere que el perito sea competente, es decir sea un **verdadero experto en el tema**. Situación que no se presenta, pues el Perito que llevó la parte actora es un **médico general, con especialización en gerencia en salud**, pero no cuenta con ninguna formación adicional en **ONCOLOGÍA o Patología**.

Lo anterior desvirtúa la idoneidad del profesional citado. Así mismo, la ley y la jurisprudencia han sido claros en afirmar que no debe existir un motivo serio para dudar de su imparcialidad, y en este caso, fue completamente evidente que el perito tenía conocimiento cercano a la situación médica de la demandante, al punto de exponer el cuadro de metástasis actual de la señora Yonaide, lo que implica falta de objetividad y al ser conocido de la demandante puede inferirse la parcialidad del galeno.

Es clara la norma, que al ser citado un perito por parte del Despacho, este debe ser no solamente imparcial, sino debe tener la capacidad de hacer juicios de valor de la situación analizada, con la seguridad que da tener conocimiento **ESPECIFICOS DEL TEMA**, esto es, para el caso concreto, **ONCOLOGIA, MEDICINA INTERNA, PATOLOGIA, RADIOLOGIO, SER MASTOLOGO**, y lo que se evidencia es que si bien es un **MEDICO GENERAL** se observa que su experticia no es clínica, sino administrativa, lo que no solo le quita objetividad, sino certeza a sus respuestas.

Esta situación se planteó de manera directa por la demandada, haciendo ver la falta de idoneidad, como requisito sine qua non para la validez de los criterios planteados por el profesional, pero no fue atendido por el a-quo, razón de más para considerar que existe una indebida valoración de las pruebas y de la calidad de las mismas para definir la existencia o no de responsabilidad del accionado.

Así mismo, no se tuvieron en cuenta las afirmaciones desprendidas de los interrogatorios de parte y declaraciones de los testigos citados, en las cuales se hizo manifestación al tiempo que la demandante dejó de acudir al médico, donde se evidencian situaciones propias de la víctima, como elemento eximente de responsabilidad, no se puede dejar de lado la actividad positiva o negativa del sujeto pasivo del daño, en la generación del mismo, baste simplemente con escuchar estas declaraciones, y con ello se podría establecer cómo existe incidencia de los actores en el resultado, lo cual no es atendido por el a-quo en su sentencia.

De igual manera como las manifestaciones confusas de la Virgelia Polo Miranda, quien indicó que existió demora en los trámites para la extracción del seno, pues se ordenó en 2011 y se practicó en 2012, siendo esta afirmación carente de veracidad, ya que el tratamiento de cáncer de mamá y posteriormente la mastectomía se ordenaron por los médicos tratantes con posterioridad a julio de 2012.

De otra parte es necesario resaltar la imparcialidad que debe permear la práctica de una prueba pericial. Esta plenamente probado con las afirmaciones del perito en su sustentación que conocía a la señora Yonaide, de hecho hace manifestaciones sobre su estado actual de salud, indicando y reconociendo que conoce a la demandante y su familia, hecho que rompe con la imparcialidad que se requiere de un perito, ajeno al proceso y a los intereses de las partes.

Como se observa, el análisis integral de la prueba desarrollada y practicada es en nuestro concepto inadecuado, y va en contra de lo que en realidad se demostró en el proceso, o también de lo que NO SE PROBO que es la responsabilidad de la demandada NUEVA EPS en el resultado, ya que como se observa en los anteriores párrafos no se está haciendo un análisis objetivo de las pruebas, y se está tomando una decisión por fuera de lo establecido en el proceso. Es claro que lo que no existe en el universo del proceso, no existe para el juez, y la falta de diligencia de la parte actora para demostrar la responsabilidad alegada, y que fuera objeto de este litigio es evidente, y la carga probatoria, que en ningún momento fue invertida, no fue desarrollada por el actor, simplemente se limita a mostrar un resultado calificado como dañoso, pero no demuestra la CAUSALIDAD entre los hechos y el daño, y mucho menos la CULPABILIDAD, ya que deja de lado situaciones propias de la víctima no imputables a los accionados, y menos aún a NUEVA EPS

2. INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL.

Reiterando que, la demandante si bien aporta un dictamen pericial, indicando que la toma de biopsia se realizó con aguja barcaf y no trucut, se debe indicar que **LA DEMANDANTE YONAIDE CAMPO SI RECIBIÓ EL TRATAMIENTO ADECUADO PARA SU PATOLOGÍA**, pero no prueba la demandante que la pérdida del seno se hubiese podido evitar si el tratamiento de quimioterapia se hubiese iniciado inmediatamente la mastectomía se hubiese podido evitar, prueba de ello, es que 5 años después de haberse realizado este procedimiento, la paciente presenta un nuevo cuadro de tumor maligno, y esta situación que es completamente clínica y biológica no puede ser imputada sin ningún sustento **objetivo e imparcial** a una entidad, que además no interviene en el acto médico. Al respecto, es evidente la falta de certeza (requerida para hablar de la pérdida de oportunidad) con las respuestas evasivas del galeno Raul Alberto Bermudez ante las preguntas claras formuladas por la Abogada María Consuelo González en la audiencia del día 9 de agosto de 2017.

El nexo de causalidad es un elemento sine le cual no se puede definir la existencia de responsabilidad de la parte demandada, y en este caso brilla por su ausencia este elemento

fundamental. La parte actora no realiza una actividad probatoria suficiente que lleve a la certeza de la existencia de responsabilidad de NUEVA EPS, a más que no solamente desconoce las funciones de las entidades de acuerdo al esquema de seguridad social en Colombia, sino que se limita a hacer un juicio de valor basado en el resultado, pero no analizando las causas del mismo.

Es por ello que al no darse de manera adecuada una valoración de la causalidad mal puede atenderse el juicio de responsabilidad dado por la actora y el a-quo, por lo que se solicita un análisis más profundo del tema, con base en los elementos de juicios allegados al proceso, y cuya conclusión sería, la carencia de prueba de la existencia de este elemento.

3. INEXISTENCIA DE LITISCONSORCIO NECESARIO EN LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA.

Como lo reconoce el Consejo de Estado: “la responsabilidad patrimonial demandada puede ser atribuida o imputada, según sea el caso, a todos aquellos sujetos de derecho que eventualmente hayan concurrido causalmente a la producción del daño, caso en el cual, la participación plural de varios sujetos de derecho trae de consecuencia la declaratoria de responsabilidad de manera solidaria, en aplicación del principio general que indica, que todo daño que pueda ser atribuido entiéndase imputado concausalmente a dos o más sujetos de derecho, origina una responsabilidad de naturaleza solidaria en la obligación indemnizatoria. Más sin embargo, la concurrencia de eventuales responsables no implica, indefectiblemente, que la demanda deba dirigirse contra todos los causantes del perjuicio, como que es bien probable que la víctima del daño opte por perseguir a uno o a varios individualmente y no de manera simultánea, de acuerdo con sus propios intereses y sin que pueda predicarse, que la concausalidad exija la citación de todos los sujetos eventualmente responsables, como que se trata de una decisión del afectado, quien atendidos variados motivos y razones, elegirá libremente, en contra de quién endereza sus pretensiones en orden a la declaratoria de responsabilidad”.

Pero lo anterior no puede confundirse con el hecho de realizar un análisis de la responsabilidad de una entidad por un acto médico, cuando esta entidad no lo realiza.

4. INDEBIDA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS QUE COMPONEN EL SISTEMA DE SALUD.

La demanda reconoce que Nueva EPS autorizó el procedimiento ordenado, en ese sentido, la actuación de la entidad que represento estuvo acorde con las funciones y obligaciones que el sistema de salud impuso sobre las EMPRESAS PROMOTORAS DE SALUD. Siendo una situación ajena a Nueva EPS la conducta desplegada por la galena Nancy Morales, que decidió con criterio médico realizar la toma de la biopsia bajo la técnica Barcaf.

Lo primero que se debe manifestar es que la sentencia se basa en una grave confusión, falta de estudio de la normatividad vigente para la época de los hechos, que reglamenta el sector salud.

Es necesario partir del núcleo básico del sistema de salud y entender los agentes del sistema que garantizan la prestación de los servicios de salud.

La prestación de los servicios de salud en Colombia se organizó bajo un modelo participativo, integral y universal¹ en el cual el Estado mantiene su función directiva frente a los lineamientos del sector salud ejerciendo estas a través del Ministerio de Salud, o delegándolas en cabeza de las secretarías departamentales o municipales; y radicando las funciones de inspección, control y vigilancia en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud.

Así mismo se establecieron entidades que desarrollaran funciones promotoras y asistenciales.

Entonces los particulares, al igual que el Estado, por medio de sus Instituciones Prestadoras de Salud (IPS)² realiza los actos médicos de atención, diagnóstico, procedimiento, tratamiento y rehabilitación. Y por medio de las Empresas Promotoras de Salud (EPS) se realiza la administración de los recursos del sistema bajo esquemas de afiliación que permiten a los habitantes del territorio colombiano acceder a la prestación asistencial en salud de acuerdo con la red de IPS o red de prestadores que disponga la EPS a sus afiliados.

Este último caso es el de NUEVA EPS. Pero para soportar esto es necesario remitirnos a los artículos 177 y 178 de la ley 100 de 1993, en los que por designación legal Nueva NO REALIZA ningún acto médico, ya que estos son propios de la IPS.

¹ Artículo 2º ley 100 de 1993: Son principios del Sistema Integral de Seguridad Social: a) Eficiencia. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente; b) Universalidad. Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida; c) Solidaridad. Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil. d) Integralidad. Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta ley; e) Unidad. Es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social, y f) Participación. Es la intervención de la comunidad a través de los beneficiarios de la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto.

² Las IPS del Estado son denominadas Hospitales Públicos, y su organización se erige bajo la figura de las Empresas Sociales del Estado.

De ello también da cuenta el certificado de existencia y representación legal de Nueva EPS en lo que corresponde a su objeto social, y es que allí no obra ninguna actividad encaminada a la realización de actos médicos y por ende se desvirtúa el dicho del demandante al sostener que Nueva EPS tenía una contratación de la galena Nancy Morales, o que mi defendida es responsable por los actos médicos desplegados por esta, máxime cuando la medicina siendo una ciencia compleja, y el sistema de salud reconociendo esto, señala la **existencia de autonomía técnica y administrativa** entre los agentes del sistema de salud.

5. CONTROVERSIA DE LOS VALORES PRETENDIDOS.

Contrario a lo manifestado por el A-quo, con la contestación de la demanda, y en los alegatos de conclusión se indicó al juez que, para la época de los hechos, la demandante era afiliada a Nueva EPS **en calidad de Beneficiaria**, por lo cual no se explica esta defensa, cómo se concede el reconocimiento de perjuicios materiales, basado en un ingreso mensual por valor de **un millón ochocientos noventa mil pesos (\$1.890.000) m/cte**. Máxime cuando existió un fraude al sistema de salud, pues de haber existido estos ingresos, lo lógico era que la demandante asumiera el pago de sus aportes a salud.

Si bien es cierto 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 de un lado no están demostradas ya que no se establece si afecto o no su desarrollo laboral, por lo que de una parte debe ser demostrado el perjuicio, y de otra los exagerados montos solicitados por daños materiales, morales y fisiológicos.

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.

De otra parte, se debe observar que el afiliado aparece **CON CALIDAD E BENEFICIARIO** con lo cual se evidencia de plano que el actor **NO EFECTUA APORTES AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL** y mucho menos al SISTEMA DE SALUD por lo cual **LA PRETENSION DE DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE NO ES APLICABLE A ESTE CASO** dado que no se demuestra un perjuicio económico real, y de llegar a demostrarlo se evidenciaría un FRAUDE AL SISTEMA DE SALUD por no pago de aportes

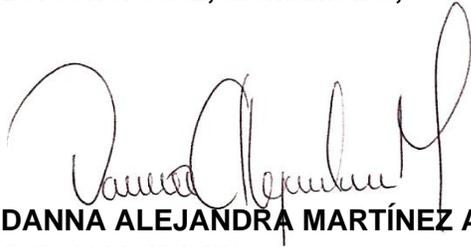
de acuerdo a sus ingresos, situación que está fundada en de principio de SOLIDARIDAD que es parte fundamental del sostenimiento de dicho sistema.

SOLICITUD

En consecuencia, solicitaré al Despacho que en virtud del recurso de apelación, el Honorable Tribunal revoque la sentencia en virtud de la deficiencia probatoria, la carencia de demostración de nexos causal y culpabilidad y en consecuencia de inexistencia de una fuente real de la obligación que se está imponiendo a NUEVA EPS.

Subsidiariamente y sin reconocer responsabilidad alguna, se solicita en el evento de considerar la opción de confirmar la sentencia por situaciones fácticas, sean revisados los valores de condena, disminuyéndolos considerablemente ya que no se ajustan a los parámetros legales, haciendo énfasis en los perjuicios de orden material, en el entendido que la afiliada es BENMEFICIARIA y por lo tanto NO APORTA AL SISTEMA

Del señor Juez, atentamente,



DANNA ALEJANDRA MARTÍNEZ AGUILAR

C.C. 1032.454.279

T.P. 279.773