

Honorables magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
secscftsvpar@cendoj.ramajudicial.gov.co
VALLEDUPAR - CESAR
E. S. D.

Referencia: Proceso ORDINARIO
Demandante: ELKIN GEOVANNY MESA
Demandado: NUEVA EPS S.A.
Expediente: 2013-00012
PJ-603

***** AMPLIACIÓN REPAROS RECURSO DE APELACIÓN*****

MARIA CONSUELO GONZALEZ PINTO, mayor de edad, identificada con la cédula de ciudadanía No.52.079.928 de Bogotá y portadora de la tarjeta profesional No. 239-982 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de Apoderada judicial de la entidad demandada NUEVA EPS, por medio del presente escrito y estando dentro del término legal establecido en el Código General del Proceso me permito complementar los reparos al fallo proferido el día 06 de octubre de 2015, frente a la cual se interpuso en audiencia el recuso de APELACION frente a la decisión del Despacho.

1. RESUMEN DE LOS HECHOS DE ACUERDO A LO MNAIFESTADO EN LA DEMADNA

Conforme al breve resumen que hace el Despacho en la introducción al fallo se tiene, los demandantes son el esposo y los hijos de la señora YOLANDA MARTINEZ, quien ingresó a la Clínica del Cesar el 16 de septiembre de 2009 con fiebre y tos, siendo diagnosticada con síndrome vertiginoso, síndrome de dificultad respiratoria aguda y neumonía, falleciendo en la UCI el 30 de abril.

Una vez fallecida se confirma como caso de AH1N1, por lo que los familiares insisten en que el error de diagnóstico demoró el tratamiento y propició la muerte de la paciente.

EL FALLO APELADO

De acuerdo a lo que se logra verificar en el CD en el que milita la audiencia de pruebas y fallo, se establece como condena a las partes demandadas IPS [REDACTED] y a NUEVA EPS, por sumas de dinero que de acuerdo al grado de parentesco se estadifican, DAÑO MORAL: 40 millones para el esposo y cada uno de sus hijos (4) y 25 millones para cada uno de sus nietos (2) VIDA EN RELACION: 40 millones para el esposo y cada uno de sus hijos (4) y 25 millones para cada uno de sus nietos (2) estos valore de plano son considerados por el suscrito como elevados, dada la naturaleza de la acción que presuntamente se considera como dañosa, ya que refiere a RESPONSABILIDAD MEDICA, y en principio si bien el

Despacho del A-quo, quiso justificar la existencia de un hecho dañoso (radicado en la atención), un daño (radicado en la muerte del paciente) y un nexo de causalidad entre el uno y el otro, no queda claro que se hayan dado los presupuestos antedichos, y de otro lado que se justifique aplicar las condenas establecidas y reconocidas por el despacho, dado que se tienen situaciones que dentro de la óptica de la misma condena, pueden aminorar su cuantificación, (cuando no concluir la exoneración de los demandados), como son los hechos explicados ampliamente en los alegatos de conclusión y la apelación verbal, la atención misma de acuerdo a una realidad IN SITU, y no en una realidad EX POST, como la que se presenta en las declaraciones médicas, que no se daban como experticia técnico ni peritaje, sino en razón a su condición de médicos, y finalmente la cuantificación de los perjuicios morales y de vida de relación con base en unas pruebas que no son concluyentes.

Haciendo un análisis de la historia clínica se puede observar y se indicó no solo en los alegatos de conclusión sino también en las argumentaciones de la apelación en los reparos respectivos lo siguiente

- 1. El análisis de éste caso se debe basar no en un diagnóstico retrospectivo ya con un resultado sino en el actuar médico eminentemente bajo los principios de beneficencia y no maleficencia.*
- 2. Se evidencia que la paciente en el momento que consulta de inmediato fue atendida, y se realiza un diagnóstico adecuado, se inicia el estudio del síndrome febril y se solicitan los exámenes pertinentes. Es valorada por el especialista idóneo que es el internista el cual realiza el diagnóstico de sospecha de bronconeumonía. Siempre estuvo monitorizada por el médico internista de manera continua y diaria. La sospecha de bronconeumonía con los hallazgos y con la variante de tos húmeda y movilización de secreciones hace sospechar más al internista que la neumonía es de origen bacteriano y no viral, y por lo tanto de manera empírica, sin previos hemocultivos, y con los hallazgos radiológicos de una consolidación a nivel basal la aproximación diagnóstica de origen bacteriano es acertada, por lo tanto instaure antibióticos.*
- 3. Con los hallazgos de gases arteriales, hemograma, y estudio radiológico se sospecha neumonía, y se colocan antibióticos, por lo cual no se puede hablar de impericia, imprudencia o negligencia.*
- 4. Por la no mejoría de la enfermedad y los cambios en el patrón de imágenes radiológicas se sospecha la infección por virus Ah1N1, por lo tanto no se puede hablar de negligencia ni omisión. NO se puede hablar de error médico actuando en beneficencia del paciente se inicia tratamiento antibiótico y el día 23 de septiembre (6 días después ante la no mejoría), se inicia tratamiento con oseltamivir que es el tratamiento del virus Ah1N1.*
- 5. La obligación de los médicos tratantes es tomar, como lo hicieron, las muestras de hemocultivo, bk de esputo, gram de esputo, radiografía de tórax y hacer el diagnóstico diferencial de la neumonía, el patrón radiológico usual de la neumonía por virus AH1N1 es infiltrados alveolares bilaterales, derrame pleural masivo, hallazgos que no se tenían en este caso.*
- 6. Se advirtieron de manera temprana los signos de deterioro respiratorio, y se traslada a la unidad de cuidado intensivo.*
- 7. NO se puede hablar de demoras, fallas en la oportunidad, la clínica cuenta con unidad de cuidado intensivo, con especialistas idóneos, internistas,*

intensivistas. La paciente nunca dejó de recibir las atenciones necesarias para el caso.”

En conclusión se observan situaciones que efectivamente llevaron al resultado muerte de la paciente pero que no tuvieron que ver con los hechos narrados en esta demanda, lo que muestra una evidente RUPTURA DEL NEXO DE CAUSALIDAD entre el hecho alegado como dañoso y el resultado final, ya que existen situaciones propias de la paciente y hechos insuperables, como lo es la respuesta negativa a los tratamientos instaurados de acuerdo a la sintomatología y signos médicos encontrados en la paciente, que luego de un diagnóstico diferencial adecuado, se le instaura tratamiento requerido. Incluso para el Ah1N1, que no tuvo un efecto positivo en la paciente.

Ante una situación que dependió única y exclusivamente de la respuesta de su cuerpo, pero atendiendo que la situación no se genera por negligencia, mala praxis o demora por parte de NUEVA EPS sino por efecto de la patología misma, esto es una situación PROPIA DEL PACIENTE que no puede ser imputada a ninguno de los demandados y mucho menos a NUEVA EPS.

En este orden de ideas, SE INSISTE “basta recordar que el hecho de la víctima como causal de exoneración se fundamenta desde tiempo atrás en el postulado de Pomponio que señala: *Quod quis ex sua culpa damnum sentit, non intelligitur damnum sentire* (No se entiende que padece daño el que por su culpa lo sufre). Esta causal es igualmente respaldada por dos de los principios de la lógica jurídica que señalan que cada quien debe soportar el daño en la medida en que ha contribuido a provocarlo, y que nadie debe cargar con la responsabilidad y el perjuicio ocasionado por otro. Adicionalmente ha dicho la Corte que cuando una persona se expone imprudentemente a un riesgo y sufre daño se dice que el daño fue por su causa.”

En este caso se habla de los antecedentes médicos y de otra parte del inadecuado manejo de sus patologías de base, como lo indica la historia clínica, y de otra parte la tardía asistencia al cuerpo médico ya que se estableció que los síntomas empiezan mucho tiempo antes, al momento del ingreso, situaciones que tampoco se tuvieron en cuenta en el fallo de primera instancia.

Así lo expuesto, no se encuentra que haya error o falla en el tratamiento médico o en el servicio prestado dentro del asunto que nos ocupa, por lo menos en lo que corresponde a las funciones de la EPS NUEVA EPS y en consecuencia no existe daño indemnizable.

Es necesario observar, como el A-quo otorga indemnizaciones a título de pérdida de oportunidad con base a las con todo respeto erradas conclusiones a que llega; es menester que la parte demandante haya demostrado tal como lo reclama la jurisprudencia, el nexo de causalidad entre la conducta desplegada por la EPS y el daño sufrido por el paciente, pues esta no es la causa eficiente del daño.

Es claro que el sistema de salud es un medio con el cual se busca propender por la atención adecuada a los afiliados al mismo, pero no por eso se debe responsabilizar al sistema por resultados no queridos por las partes, como en este caso, cuando la

causa eficiente de la situación no es otra que las mismas condiciones patológicas del sujeto, y se pretende trasladar la responsabilidad al sistema y sus entidades por el resultado, sin entrar a analizar una realidad fáctica, que lleva a conclusiones muy diversas a las planteadas en la demanda, convirtiendo en prácticamente DIOSSES a los médicos y pretendiendo que por el simple hecho de la atención ya el sistema se hace cargo del resultado, lo que a la luz de la sana lógica es un imposible factico y jurídico. Pensar lo contrario, seria objetivizar la ciencia médica, y desangrar económicamente el sistema de salud.

Digo lo anterior por cuanto las pretensiones que se enervan muestran una cara de la moneda y de esta manera lo toma el juez en su sentencia, y es la percepción que los actores tiene sobre la atención, y como el resultado no les es satisfactorio, consideran que hubo una mala atención, una mala praxis, y en términos generales se falla indicando que se indemnice totalmente, como si el paciente hubiera ingresado sano a la atención médica, y de ella se hubieran generado las consecuencias indemnizables.

Pero a lo largo del proceso se demostró que la realidad es una muy diferente, y se ratifica en estos alegatos de segunda instancia

En primer lugar se determina que

- 1. La paciente no estaba sana, estaba en un estado de enfermedad avanzada.**
- 2. Que la paciente tiene antecedentes de importancia, y en este caso no solo en lo que tiene que ver con la enfermedad con la que ingresa, sino con los antecedentes patológicos, la respuesta a los tratamientos instaurados y el autocuidado del afiliado,**
- 3. Las atenciones brindadas en principio a la paciente son muy especializadas baste únicamente con ver el abordaje inicial en el que se encuentran muchas situaciones que no son resaltadas en la demanda como es que de acuerdo a los signos y síntomas con que ingresa el paciente se hacen evaluaciones, se hace un diagnóstico diferencial adecuado, y exámenes tendientes a ubicar el foco del problema.**
- 4. Se realizan todos los diagnósticos diferenciales, además que se hacen de acuerdo a los protocolos médicos, y en un tiempo prudencial.**
- 5. La EVOLUCION DE LA PACIENTE ES TORPIDA Y NO RESPONDE ADECUADAMENTE A LOS TRATAMIENTOS**
- 6. Es menester recordar que las obligaciones médicas son de MEDIO Y NO DE RESULTADO, por lo tanto no se puede imputar responsabilidad por un resultado no querido.**

Como se observa, las dos caras de la moneda son muy diferentes desde el punto de vista de la apreciación, en la prueba en la demanda no se introducen situaciones verdaderamente relevantes frente a la realidad física de la paciente,

POR ESTA RAZON SOLICITO AL HONORABLE TRIBUNAL CON EL FIN DE IR TOMANDO UNA IDEA DE LA REALIDAD DE LA PACIENTE PREVIO A DEFINIR LE CAUSA EFICIENTE DEL RESULTADO NO QUERIDO (MUERTE), YA QUE LA PREGUNTA A HACERSE ES “LA MUERTE SE DA POR CAUSA DE LA ATENCION?”

O EN CASO AFIRMATIVO “DE PRESENTARSE UN PROBLEMA EN LA ATENCION, DETECCION Y TRATAMIENTO, EN QUE MOMENTO SE DA LA FALLA. ¿Qué TAN AVAZADA ESTABA LA ENFERMEDAD AL MOMENTO QUE PASA A SER ATENDIDO? ¿LA MUERTE ES CONSECUENCIA DE MALA PRAXIS, ERROR DIAGNOSTICO U OMISION MEDICA O DEMORA EN LA ATENCION? PREGUNTAS QUE DEBEN SER RESUELTAS CON EL MATERIAL PROBATORIO QUE MILITA EN EL MISMO.

De estas preguntas ya se han respondido varias a lo largo del análisis anterior, ya que se ha dicho lo siguiente.

1. La muerte no se da por causa de la atención sino por causa de la patología, y de acuerdo al avance de la misma.
2. La situación de la paciente al momento de entrar a la última atención corresponde a una patología avanzada y es atendida con profesionales idóneos para el tipo de enfermedad y los procedimientos que se desarrollaron eran los necesarios.
3. La determinación medica es adecuada de conformidad con la evolución de la enfermedad, y se hace con criterios de oportunidad
4. Es claro que NUEVA EPS actúa en virtud a su obligación de continuidad del servicio y atención integral a sus afiliados, sin embargo se debe tener en cuenta las limitaciones del sistema de salud en Colombia, y esta situación no es ajena al público, y no se debe desconocer que estos límites son sobre los cuales se debe fundar el servicio, LA GARANTIA DE PRESTACION DE SERVICIO NO ES ILIMITADA por lo que no se pueden exigir imposible facticos, cuando se hace la gestión necesaria para la obtención del servicio SIN AFECTAR DERECHOS DE TERCEROS.

Vistas las repuestas a las preguntas planteadas no queda más que concluir que NO HAY REPOSABILIDAD POR PARTE DE NUEVA EPS POR EL RESULTADO DE LA ATENCION AL PACIENTE .

ES MENESTER EN ESTE PUNTO REMITIR NO SOLO A LA CONTESTACION DE LA DEMANDA SINO A LOS ARGUMENTOS PLANTEDOS EN LOS ALEGATOS PRESETNADOS ANTE EL A-QUO, SINO EN LA MISMA SENTENICA APELADA QUE DA LA RAZON FRENTE A LA INEXISDTENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES DEMANDADAS,

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 nexo 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.

En el caso concreto no se observa esta situación, sin embargo solicito el análisis de acuerdo a la sana crítica por parte del ente juzgador.

Es necesario resaltar la inactividad probatoria de la parte actora, que no ejecuto su deber de procurar demostrar la ciencia de su dicho con pruebas direccionadas a definir la responsabilidad de las entidades demandadas, por el contrario se limita a presentar la Historia clínica únicamente, sin que exista alguna otra prueba tendiente a definir la existencia de responsabilidad de las entidades por acción o por omisión.

Por el contrario las entidades demandadas, particularmente la IPS Hospital San Carlos, allegan al plenario sendas declaraciones de médicos tratantes que esbozan no solo de manera académica la situación fáctica del paciente, la necesidad del procedimiento y los eventuales efectos que podría tener, y en estas declaraciones no se evidencia de manera clara que el resultado fuera a ser diferente, pero si se resalta que la condición y respuesta orgánica del paciente es un punto importante a tenerse en cuenta y que guarda relación muy íntima con el resultado final.

El tema de la carga probatoria queda muy en entredicho en este caso, ya que como se manifiesta la desidia en esta materia por parte del actor es evidente, debemos reiterar que el actor no logra el objetivo demostrativo de la responsabilidad, sino que el Juez de primera instancia saca conclusiones por las anotaciones dadas en la historia clínica sobre el requerimiento de la CPRE, pero no explica en su sentencia, ahora impugnada, el nexo causal entre su no realización y el fallecimiento, cuando de las pruebas recaudadas, y con las cuales debe fundar su sentencia, se evidencia que el fallecimiento no es por la no realización del CPRE sino por la situación del paciente, la respuesta sistémica, y la reacción negativa a los tratamientos instaurados por los médicos.

INEXISTENCIA DE CULPA DE NUEVA EPS S.A. Y CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES CONTRACTUALES

La sentencia de primera instancia cataloga la conducta desplegada por Nueva EPS como culposa, sin embargo, omite dar aplicación a situaciones que a lo largo del proceso fueron evidentes. La primera, como la poca oferta de centros clínicos para la atención de pacientes en las condiciones especiales que este tenía, dada la demora en la solicitud de servicio médico, con una evolución de cuatro meses de los síntomas, pues para la época de los hechos, las IPS que podían haber atendido al paciente en virtud de la remisión, no tenían disponibilidad para la realización de la cirugía, como quedo evidenciado en la bitácora aportada

La segunda situación que fue evidente, fue la falta de disponibilidad de cama en las IPS referenciadas, ya que se intentó no solo en la red de servicio sino fuera de ella, lo cierto es que los tiempos anotados en los registros de la bitácora del proceso de referencia y contrarreferencia impidieron el traslado de la paciente ante la falta de disponibilidad de ubicación para una cirugía como la que requería el paciente.

Finalmente, otro de los puntos propios de reproche del fallador de primera instancia se refiere a la culpa especial de Nueva EPS por el descuido de sus deberes contractuales.

Sobre este argumento, basta con decir que el cumplimiento de los deberes contractuales no puede estar supeditado a una carga sobrenatural de obligar a las entidades a realizar lo imposible, en este caso, obsérvese como hubo una constante comunicación con las IPS para garantizar el traslado de la paciente, sin que existiera una respuesta favorable.

En conclusión se resumen los reparos en los siguientes puntos

1. INDEBIDO ANALISIS PROBATORIO, en lo que corresponde a
 - a. Hechos de la víctima, estado patológico, y enfermedad del paciente
 - b. Hechos de la víctima en el sentido de incumplimiento de su deber de autocuidado, demora en la solicitud de servicio, avance de la enfermedad al momento de su ingreso al servicio medico
 - c. Indebida valoración de la prueba en la determinación de nexos causal entre la patología, la atención y la muerte del paciente.
2. INDEBIDO ANALISIS DEL ELEMENTO CULPABILIDAD EN EL RESULTADO FINAL POR PARTE DE NUEVA EPS
 - a. No se hace análisis de este elemento en el resultado final muerte, simplemente se objetiviza el resultado y se impone la condena
 - b. Existe prueba técnica y científica (declaraciones medicas) que indicaban que el fallecimiento era altamente probable, y aun así se continua con el servicio médico, y la consecución de otras entidades para la atención, a diferencia de lo manifestado por el a-quo
3. INDEBIDO ANALISIS DEL ELEMENTO NEXO DE CAUSALIDAD ENTRE EL HECHO GENERADOR Y EL DAÑO ALEGADO
 - a. No se hace análisis de este elemento en el resultado final muerte, simplemente se objetiviza el resultado y se impone la condena.
 - b. Se desconocen elementos facticos que llevan al resultado.
4. INADECUADA CUANTIFICACION DE PERJUICIOS EN EL FALLO IMPUGNADO

Dados los anteriores argumentos, los presentados en la contestación de la demanda, los alegatos de conclusión presentados ante el a-quo las documentales que la pasiva aportó al plenario, las pruebas recaudadas como tales como los Conceptos Médico-Científico recaudados en los testimonios médicos, los cuales pido sean tenidos en cuenta como parte de este recurso, no queda más que solicitar a la Honorable Sala, absuelva de cualquier responsabilidad a NUEVA EPS y REVOQUE EL FALLO IMPUGNADO en atención a la carencia de pruebas tendientes a demostrar la responsabilidad de esta demandada, por la carencia de prueba de la existencia de nexos de causalidad entre los hechos que se endilgan a Nueva EPS y el daño producido, así como las demás circunstancias alegadas en este proceso, las cuales llevan necesariamente a concluir la INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD por parte de Nueva EPS S.A.

Debe el H. Magistrado realizar la valoración de las pruebas conforme con los criterios que exige la sana critica, igualmente es pertinente recordar que para el presente proceso, de conformidad con el estado de la Jurisprudencia actual de todas las altas cortes, reina el precepto de la carga de la prueba para quien alega los hechos, dejándose de lado las antiguas teorías de inversión de la carga probatoria por actividad médica riesgosa, la presunción de responsabilidad y la carga dinámica de la prueba que imperó en los estrados

judiciales hasta hace algunos años. A lo que se agrega, que tampoco sobra mencionar que le corresponde al demandante probar, primero, que existe un daño, segundo, que dicho daño es imputable a actos volitivos positivos o negativos de la Nueva EPS, y tercero, que existe un nexo causal que relacione el presunto error con el daño, además de la inexistencia de sustento legal para el pago de cualquier tipo de indemnización a favor de la actora, lo que en la realidad procesal no se da.

Por todo lo anterior, atentamente solicito nuevamente SE REVOQUE EL FALLO IMPUGNADO y en consecuencia, solicito se ABSUELVA a Nueva EPS de todos y cada uno de los cargos formulados por la parte demandante.

De los Honorables Magistrados,

Atentamente,



MARIA CONSUELO GONZALEZ PINTO

C.C. N° 52-079.928 de Bogotá.

T.P. N° 239.982 del C. S de la J.

PJ -603