

Señores:  
**JUZGADO ONCE CIVIL DEL CIRCUITO  
BUCARAMANGA  
E. S. D.**

J. 11. C. CIRCUITO  
MAR 27 19 en 3:16

**Referencia:** CONTESTACIÓN DEMANDA  
**Proceso:** VERBAL RESPONSABILIDAD CIVIL  
EXTRA CONTRACTUAL  
**Demandante:** ROSALBA FLÓREZ DE DÍAZ Y OTROS  
**Demandado:** NUEVA EPS S.A. Y OTRO  
**Expediente:** 2018-00352  
PJ-2231

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

**LUIS CARLOS TORRES MENDIETA**, identificado con la cedula de ciudadanía Nro. 80.034.100 expedida en Bogotá D.C., abogado en ejercicio portador de la tarjeta profesional Nro. 190.561 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado judicial de la entidad demandada **NUEVA EPS** según poder especial que acompañó, por medio del presente escrito me permito contestar la demanda formulada por la señora **ROSALBA FLÓREZ DE DÍAZ**, conforme las siguientes consideraciones:

### CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Las situaciones que engloban la demanda que nos ocupa, en principio tiene un error fundamental, dado que la parte actora no tiene en cuenta las funciones dadas por la Ley a las EPS, y en general a cada uno de los partícipes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, ya que en la mayoría de los casos confunden la prestación del servicio de salud, con la del aseguramiento y promoción del servicio de salud.

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”

Ante esta definición y determinación de funciones dadas por la ley, se debe ver si la entidad demandada cumplió o no las funciones que por delegación legal tiene, y no endilgar, como se hace en este caso particular, responsabilidades que por su naturaleza y función son propias de otro tipo de entidades o personas, como 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 final.

Finalmente, debo manifestar que aclaro desde ahora que las **EMPRESAS PROMOTORAS DE SALUD NO SON LAS GUARDAS DE LAS HISTORIAS CLÍNICAS** 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 de la 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 afiliada, 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.*

#### **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, 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 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.*

**HECHAS LAS ANTERIORES PRECISIONES CONCEPTUALES PROCEDO A CONTESTAR LA DEMANDA DE LA SIGUIENTE MANERA**

## CONTESTACIÓN A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

**AL HECHO 1: NO NOS CONSTAN**, todo lo concerniente a la sintomatología, diagnósticos, tratamientos y demás circunstancias de modo, tiempo y lugar de la atención brindada a la señora CARMEN ELVIRA DÍAZ FLÓREZ (Q.E.P.D.), pues, se tratan de hechos totalmente ajenos a la voluntad de mi representada; ya que esta situación debe estar plasmada en la historia clínica y ésta no está bajo la custodia de **NUEVA E.P.S. S.A.**, por tanto me atenderé a lo que esté reflejado en la mencionada historia clínica. Adicionalmente se explica que todas las decisiones de carácter médico son tomadas por parte del cuerpo médico de la IPS tratante; es decir, **LA NUEVA E.P.S.**, en cumplimiento de su rol de EMPRESA ASEGURADORA DE SALUD, NO tiene injerencia en los procedimientos médicos que se le realizan a los pacientes.

También se debe tener en cuenta que la historia o historias clínicas de la paciente CARMEN ELVIRA DÍAZ FLÓREZ, están en manos de la IPS que atendió a la paciente, en consecuencia, el sitio donde de manera única y privilegiada debe reposar la HISTORIA CLÍNICA de los pacientes y afiliados, es LAS INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SALUD IPS y no en las EPS. Sobre el particular basta con observar lo señalado en la ley 23 de 1981, sentencia de la H. Corte Constitucional T-413 de 1993, M.P. Doctor Carlos Gaviria Díaz, Resolución 1995 de 1999 de la Supersalud:

*"ARTICULO 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."*

*Resolución 2321 del 2011 por la cual se dictan disposiciones sobre el reporte de la información de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud y al Sector Salud y el acuerdo 007 de 1994 del Archivo General de la Nación concerniente con la obligatoriedad de prácticas de archivo de documentación obligatorias para las instituciones prestadoras de salud.*

De otra parte, es claro que en el presente hecho se hace una pequeña **narración descriptiva**, la cual se trata de una transcripción parcial de la historia clínica, la cual debe ser analizada en contexto, y además debe ser verificada contra la historia original debidamente aportada al expediente, para darle el valor probatorio que pretende el actor.

**AL HECHO 2: NO NOS CONSTA**, de acuerdo con lo manifestado en el hecho ANTERIOR de ésta contestación, se insiste, en que NO NOS CONSTA todo lo concerniente a la sintomatologías, diagnósticos, tratamientos y demás circunstancias de modo, tiempo y lugar de la atención brindada a la paciente CARMEN ELVIRA DÍAZ FLÓREZ, 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, ya que adicionalmente son decisiones tomadas por parte del cuerpo médico y la IPS correspondiente.

**DEL HECHO 3 AL HECHO 5: NO ME CONSTA**, de acuerdo con lo manifestado en el hecho PRIMERO (1º) de ésta contestación, se insiste, en que NO NOS CONSTA todo lo concerniente a la sintomatologías, diagnósticos, tratamientos y demás circunstancias de modo, tiempo y lugar de la atención brindada a la señora CARMEN ELVIRA DÍAZ

FLÓREZ (Q.E.P.D.), ya que esta situación debe estar plasmada en la historia clínica de la paciente 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, ya que adicionalmente son decisiones tomadas por parte del cuerpo médico y la IPS correspondiente.

De otra parte, es claro que en los presentes hechos se hace una pequeña narración descriptiva, la cual se trata de una transcripción parcial de la historia clínica, la cual debe ser analizada en contexto, y además debe ser verificada contra la historia original debidamente aportada al expediente, para darle el valor probatorio que pretende el actor

**AL HECHO 6: NO NOS CONSTA**, es claro que en el presente hecho se hace una apreciación de CARÁCTER SUBJETIVO, respecto a la no realización de un diagnóstico real conforme a los síntomas que presentaba la paciente, CARMEN ELVIRA DÍAZ FLÓREZ (Q.E.P.D.), dada las patologías de base que ésta tenía, circunstancias fácticas que deberán probarse en debida forma por la parte actora y en la etapa procesal prevista para ello; pues no basta con la sola enunciación, ni con señalamientos faltos de carácter y conocimientos técnicos- científicos, para poder indicar y acreditar sus dichos de forma certera.

Ahora bien, la argumentación general de la demanda se da por considerar la presunta existencia de una mala praxis en el desarrollo de atención médica, la cual incidió en el presunto daño irrogado, razones éstas por las cuales se inicia demanda en contra de NUEVA EPS, de donde se saca la primera conclusión y es EL QUE EL HECHO GENERADOR DEL PRESUNTO DAÑO NO DEPENDIÓ DE ACTIVIDAD DIRECTA DE NUEVA EPS, de cualquier manera, de pretender ampliar la responsabilidad en la forma como lo manifiesta la demanda a NUEVA EPS se debe ver qué IPS atendió el caso, y si es esta la responsable o no de algún error o negligencia frente a la paciente CARMEN ELVIRA DÍAZ FLÓREZ (Q.E.P.D.).

Sin embargo es necesario aclarar que Nueva EPS S.A. es una empresa promotora de salud que se rige por la ley 100 de 1993 y demás normas legales y reglamentarias que regulan el sistema; es así que las EPS como administradoras del riesgo en salud pueden prestar los servicios médicos y asistenciales a sus afiliados de manera directa a través de sus propias IPS o mediante IPS contratadas.

Nueva EPS S.A. NO tiene integración vertical, es decir que no es propietaria de ninguna IPS y todos los servicios que debe prestar a sus afiliados lo hace a través de otras personas jurídicas o naturales IPS mediante relación contractual.

Las anteriores aclaraciones cobran especial importancia, toda vez que permiten dejar en claro que Nueva EPS S.A. y la INSTITUCIÓN PRESTADORA DE SERVICIOS DE SALUD, son personas jurídicas diferentes, con objetos sociales distintos y que responden por responsabilidades diversas dentro del Sistema Integral de Seguridad Social en Salud.

**DEL HECHO 7 AL HECHO 11: NO ME CONSTA**, de acuerdo con lo manifestado en el hecho PRIMERO (1º) de ésta contestación, se insiste, en que NO NOS CONSTA todo lo concerniente a la sintomatologías, diagnósticos, tratamientos y demás circunstancias de modo, tiempo y lugar de la atención brindada a la señora CARMEN ELVIRA DÍAZ FLÓREZ (Q.E.P.D.), ya que esta situación debe estar plasmada en la historia clínica de la paciente 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, ya que adicionalmente son decisiones tomadas por parte del cuerpo médico y la IPS correspondiente.

De otra parte, es claro que en los presentes hechos se hace una pequeña narración descriptiva, la cual se trata de una transcripción parcial de la historia clínica, la cual debe ser analizada en contexto, y además debe ser verificada contra la historia original debidamente aportada al expediente, para darle el valor probatorio que pretende el actor

**AL HECHO 12: NO NOS CONSTA**, es claro que en el presente hecho se hace una apreciación de CARÁCTER SUBJETIVO, respecto a la no solución de parte de NUEVA EPS, conforme a los síntomas que presentaba la paciente CARMEN ELVIRA DÍAZ FLÓREZ (Q.E.P.D.), dada las patologías de base que ésta tenía, circunstancias fácticas que deberán probarse en debida forma por la parte actora y en la etapa procesal prevista para ello; pues no basta con la sola enunciación, ni con señalamientos faltos de carácter y conocimientos técnicos- científicos, para poder indicar y acreditar sus dichos de forma certera.

**DEL HECHO 13 AL HECHO 18: NO ME CONSTA**, de acuerdo con lo manifestado en el hecho PRIMERO (1º) de ésta contestación, se insiste, en que NO NOS CONSTA todo lo concerniente a la sintomatologías, diagnósticos, tratamientos y demás circunstancias de modo, tiempo y lugar de la atención brindada a la señora CARMEN ELVIRA DÍAZ FLÓREZ (Q.E.P.D.), ya que esta situación debe estar plasmada en la historia clínica de la paciente 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, ya que adicionalmente son decisiones tomadas por parte del cuerpo médico y la IPS correspondiente.

De otra parte, es claro que en los presentes hechos se hace una pequeña narración descriptiva, la cual se trata de una transcripción parcial de la historia clínica, la cual debe ser analizada en contexto, y además debe ser verificada contra la historia original debidamente aportada al expediente, para darle el valor probatorio que pretende el actor

**AL HECHO 19: NO NOS CONSTA**, es claro que en el presente hecho se hace una apreciación de CARÁCTER SUBJETIVO, respecto a que los galenos que atendieron a la paciente CARMEN ELVIRA DÍAZ FLÓREZ (Q.E.P.D.), no hayan recurrido a los protocolos médicos, omitiendo según su dicho, ordenar la practica de un examen TAC de ABDOMEN CONTRASTADO, para descartar una trombosis a nivel arterial; circunstancias fácticas que deberán probarse en debida forma por la parte actora y en la etapa procesal prevista para ello; pues no basta con la sola enunciación, ni con señalamientos faltos de carácter y conocimientos técnicos- científicos, para poder indicar y acreditar sus dichos de forma certera.

**AL HECHO 20: ES CIERTO**, lo narrado en el presente hecho, respecto al agotamiento de la conciliación prejudicial en derecho, indicada en el presente hecho.

**AL HECHO 21: NO ME CONSTA**, lo manifestado en el presente hecho, lo anterior por ser hechos de terceros, pues, no me constan las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la actividad laboral que desempeñaba la señora CARMEN ELVIRA DÍAZ FLÓREZ (Q.E.P.D.), indicada en el presente hecho, dichas circunstancias fácticas narradas en el presente hecho, deberán probarse en debida forma por la parte actora, en la etapa procesal prevista para ello.

**A LOS FUNDAMENTOS Y RAZONES DE DERECHO ADUCIDAS POR EL APODERADO DEMANDANTE**

La parte demandante hace referencia a fundamentos de derecho, enlistando una serie de fechas donde la paciente CARMEN ELVIRA DÍAZ FLÓREZ (Q.E.P.D.), consultó, haciendo una simple transcripción de apartes de algunas de las atenciones médicas prestadas a la paciente, sin embargo, la fundamentación jurídica de la presunta violación, no es explícita para determinar los elementos de la responsabilidad de cada uno de los integrantes del SGSSS, no individualiza, y por el contrario generaliza los resultados frente a la EPS y no hace llamado a la IPS y cuerpo médico participó en los hechos.

En este orden de ideas, sea lo primero precisar a la demandante, que incoa la acción, entre otras, que las EPS dentro del sistema de seguridad social en salud, tiene un papel preciso, además la EPS autorizó la atención inicial al paciente y en el caso en particular cumplió con las obligaciones contractuales contraídas con el paciente, como entidad promotora del servicio de salud, pues no hay que olvidar que el paciente accedió a los servicios de salud que requirió.

Hay que recordar que 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 culpa o hecho exclusivo 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 cuál es la conducta de la EPS?**

Revisado el caso en discusión, la entidad Nueva EPS S.A. cumplió con su responsabilidad de **brindar a la usuaria** 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 la paciente **CARMEN ELVIRA DÍAZ FLÓREZ (Q.E.P.D.)**.
- A su cargo asumió los tratamientos requeridos **por la usuaria**.
- Cuando ha requerido otras atenciones en salud, las ha brindado a través de la red hospitalaria.

**NO ENCONTRAMOS UNA SOLA DECISIÓN 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.

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 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.

### **El daño**

**El daño lo encuadran en la indebida prestación del servicio de salud, en razón a un supuesto error diagnóstico que ocasiona el fallecimiento de la paciente CARMEN ELVIRA DÍAZ FLÓREZ (Q.E.P.D.), pero hay que preguntarse si ésta efectivamente se da, como lo asegura la demandante, por culpa de la EPS, o si realmente el resultado en la salud de la paciente se debió a alta complejidad de sus patologías o a una aparición súbita de los SÍNTOMAS y POSTERIOR EXACERBACIÓN DE SUS PATOLOGÍAS, situaciones éstas a tenerse en cuenta, al momento de definir la existencia o no de responsabilidad.**

### **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 de la paciente, ya que actuó dentro de sus obligaciones con criterio de efectividad y oportunidad, tal y como se puede corroborar con el concepto emitido por el Director de acceso de NUEVA EPS, en donde se encuentran todas las autorizaciones emitidas a la paciente **CARMEN ELVIRA DÍAZ FLÓREZ (Q.E.P.D.)**, además en el proceso no reposa prueba que demuestre que ésta entidad haya negado, retardado u omitido cualquier solicitud hecha con el fin de brindar la atención necesaria a la paciente, por lo tanto, no hay 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 las decisiones que de acuerdo a su conocimiento (*lex artis*) son las necesarias para la consecución de este fin.

En lo que respecta a las pretensiones declarativas me permito manifestar que me opongo a todas 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 médicas, dado que esta situación es propia de la *Lex artis*, NUEVA EPS brinda los medios y mecanismos para que se dé la atención requerida a la paciente **CARMEN ELVIRA DÍAZ FLÓREZ (Q.E.P.D.)**.

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 naturales de la víctima que tienen incidencia absoluta con el resultado, tales como las enfermedades de base de larga data.**
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 de la paciente **CARMEN ELVIRA DÍAZ FLÓREZ (Q.E.P.D.)**, 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.
6. NUEVA EPS S.A. al cumplir de manera eficiente y oportuna con su rol de aseguradora, (como se reconoce en los mismo hechos de la demanda), 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 de la paciente todo un andamiaje para obtener un resultado positivo, con lo que cumple su función a cabalidad, cosa distinta es el resultado.

En lo que respecta a los perjuicios de orden inmateriales se hace una solicitud demasiado abierta y desproporcionada por parte de la parte actora, en el sentido de procurar el resarcimiento del daño moral sin tener en cuenta los antecedentes patológicos **de la usuaria que como se pudo evidenciar son de larga data**, es decir, la enfermedad misma incide en el resultado final, no por ello se debe desconocer las causas propias de la paciente como elemento factor determinante del resultado final.

Al respecto, 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:

*“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.”*

**EXCEPCIONES DE FONDO**

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

## I. **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.

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 a la paciente **CARMEN ELVIRA DÍAZ FLÓREZ (Q.E.P.D.)**, Por el contrario, NUEVA EPS S.A. emitió toda autorización necesaria para la atención de la paciente, sin ningún tipo de barrera de acceso, como la atención en urgencias, internación en servicio de complejidad alta, con todos los servicios que estas autorizaciones llevan aparejadas, esto es que para la atención y la salvaguarda de la vida de la paciente no requiere de autorizaciones adicionales para el servicio integral. Eliminandose toda barrera de acceso al paciente.

Por último, es necesario aclarar, que NUEVA EPS S.A. no interrumpió nunca el servicio prestado a la paciente **CARMEN ELVIRA DÍAZ FLÓREZ (Q.E.P.D.)**, Adicionalmente durante los días en que se estaba haciendo los análisis y las pruebas necesarias, 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.

## II. **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.

NUEVA EPS S.A. no fue imprudente, en la medida, que realizó la actividad que contractual y legalmente le corresponde. Tampoco actuó de manera negligente puesto que tomó todas las medidas necesarias de calidad en el procedimiento para abordar los tratamientos que requería y que en sí mismos estaban autorizados para la atención. Y no hubo falta de pericia, porque se implementaron las habilidades especiales con que cuenta NUEVA EPS S.A. al servicio de la paciente **CARMEN ELVIRA DÍAZ FLÓREZ (Q.E.P.D.)**.

**III. INEXISTENCIA DE DAÑO INDEMNIZABLE IMPUTABLE A NUEVA EPS**

Es claro que la atención brindada por la IPS tratantes y su cuerpo médico de éstas y cubiertas por NUEVA EPS ha sido la requerida por la afiliada **CARMEN ELVIRA DÍAZ FLÓREZ (Q.E.P.D.)**, independientemente de las obligaciones que las IPS y sus cuerpos médicos 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 ésta profesión.

Es claro también que la mala praxis médica debe ser evidente y no solo valorar la situación por el resultado final, (agravamiento, secuelas y muerte de la paciente 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, por lo anterior se deben examinar varios factores para determinar la existencia de responsabilidad, tales como los factores internos y externos de la paciente, antecedentes de la paciente, los resultados del diagnóstico diferencial practicado, y en éste 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 de afiliación, al haber dispuesto para la atención de la señora **CARMEN ELVIRA DÍAZ FLÓREZ (Q.E.P.D.)**, una red de IPS., cosa distinta es el resultado, el cual no es querido por la parte actora, **que no está vinculado con la actividad positiva o negativa de NUEVA EPS en su condición de entidad promotora de salud.**

En todo caso, los daños por los cuales pretenden responsabilidad solidaria de las demandadas, no se han constituido por ninguna falla ni médica ni de acceso, ya que contrario a los hechos sobre los cuales reposa la demanda se tiene que, la necesidad de realizar los procedimientos médicos-quirúrgicos, no fueron por capricho de los

médicos sino por necesidad de la paciente **CARMEN ELVIRA DÍAZ FLÓREZ (Q.E.P.D.)**.

Así las cosas, la presente excepción debe prosperar.

#### **IV. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR CARENCIA DEL DAÑO ANTIJURÍDICO.**

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, eliminándose así la responsabilidad alegada.

La Doctrina ha definido el daño, como el lesionamiento o menoscabo que se ocasiona a un interés, esté o no consagrado como un derecho real u objetivo. Para el caso de la responsabilidad médica, para que efectivamente proceda la responsabilidad civil, la acreditación de la existencia de daño en el paciente, y solo existirá responsabilidad si el daño se causa por su actuar u omisión, para lo cual deberá acreditarse plenamente que el resultado dañoso a la paciente es producido por el actuar negligente u omisivo de los profesionales de la salud o las entidades prestadoras de salud,

En el presente caso el daño lo encuadran en la situación de la presunta falla médica en razón al supuesto error diagnóstico dado a la señora **CARMEN ELVIRA DÍAZ FLÓREZ (Q.E.P.D.)**, pero realmente el fatal resultado en la salud de la paciente (fallecimiento) se debió a la alta complejidad de sus patologías de base, que como se ha manifestado corresponden a enfermedades que inciden en el resultado, por lo tanto **DEBERÁ DECLARARSE PROBADA LA EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR CARENCIA DEL DAÑO ANTIJURÍDICO.**

#### **V. 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 parte 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.

Por las razones expuestas, debe prosperar la presente excepción.

**VI. INEXISTENCIA DE FALLA EN EL SERVICIO MEDICO IMPUTABLE A NUEVA EPS E INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE LA ACTIVIDAD DE NUEVA EPS Y EL RESULTADO FINAL.**

La filiada **CARMEN ELVIRA DÍAZ FLÓREZ (Q.E.P.D.)**, acudió al servicio médico en virtud de su afiliación a la EPS, llegando a la IPS de la red disponible para el tratamiento que su patología requirió, y es allí donde se efectuó el tratamiento, que errado o no, se determina de manera clara y contundente que **NO FUE NUEVA EPS** la que cometió, de haber existido, algún error en ese sentido, (situación que obviamente debe probar la parte que la alega), sin embargo se demuestra que **NUEVA EPS**, a partir del momento que se atendió médicamente a la afiliada **CARMEN ELVIRA DÍAZ FLÓREZ (Q.E.P.D.)**, lo hizo en debida forma, sin que se hubiera negado acceso alguno a la atención que ha requerido, no obstante lo anterior se da la mejor atención posible a la paciente, cumpliendo con ello sus obligaciones de entidad aseguradora del servicio de salud, luego la responsabilidad por el resultado final no puede ser imputado a actividad positiva o negativa de **NUEVA EPS**.

La argumentación general de la demanda se da por considerar la presunta existencia de una mala praxis en el desarrollo de atención médica, el presunto daño irrogado, razones estas por las cuales se inicia demanda en contra de **NUEVA EPS**, de donde se saca la primera conclusión y es **EL HECHO GENERADOR DEL PRESUNTO DAÑO NO DEPENDIÓ DE ACTIVIDAD DIRECTA DE NUEVA EPS**, de cualquier manera, de pretender ampliar la responsabilidad en la forma como lo manifiesta la demanda a **NUEVA EPS** se debe ver qué **IPS** atendió el caso, y si es esta la responsable o no de algún error o negligencia frente a la paciente **CARMEN ELVIRA DÍAZ FLÓREZ (Q.E.P.D.)**.

Sin embargo es necesario aclarar que Nueva EPS S.A. es una empresa promotora de salud que se rige por la ley 100 de 1993 y demás normas legales y reglamentarias que regulan el sistema; es así que las EPS como administradoras del riesgo en salud pueden prestar los servicios médicos y asistenciales a sus afiliados de manera directa a través de sus propias IPS o mediante IPS contratadas.

Nueva EPS S.A. NO tiene integración vertical, es decir que no es propietaria de ninguna IPS y todos los servicios que debe prestar a sus afiliados lo hace a través de otras personas jurídicas o naturales IPS mediante relación contractual.

Las anteriores aclaraciones cobran especial importancia, toda vez que permiten dejar en claro que Nueva EPS S.A. y la INSTITUCIÓN PRESTADORA DE SERVICIOS DE SALUD, son personas jurídicas diferentes, con objetos sociales distintos y que responden por responsabilidades diversas dentro del Sistema Integral de Seguridad Social en Salud.

El paciente NO concurre a la EPS para que se le presten servicios de salud, pues Nueva EPS S.A., no presta estos servicios; el demandante acudió a la INSTITUCIÓN PRESTADORA DE SERVICIOS DE SALUD, en calidad de IPS tratante y en virtud de la afiliación al sistema integral en salud; así queda claro que quien prestó los servicios de salud fue la IPS.

De lo anterior queda claro, que si el título de imputación de responsabilidad en el presente caso es la falla en el servicio médico, como se desprende de la demanda, esta no puede ser imputada a Nueva EPS pues de ninguna manera participó, directa o indirectamente, del diagnóstico y tratamiento brindado a la paciente, por ser esto exclusivo de la ciencia médica.

Así lo ha dejado claro la jurisprudencia del H. Consejo de Estado en reciente fallo de la Sección Tercera, con Ponencia de la Dra. MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil diez (2010).

" (...)

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 (...).

(...)

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."

Démonos cuenta cómo se establece en la jurisprudencia anotada que existe límite 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 de la afiliada **CARMEN ELVIRA DÍAZ FLÓREZ (Q.E.P.D.)**, sea imputable de manera inmediata a la EPS a la que está afiliada la paciente, y menos aun cuando por parte de dicha entidad (para el presente caso NUEVA EPS), se ha demostrado que se dio la atención necesaria, que no le faltó nada, que se dio los tratamientos de rehabilitación y medicinas requeridos, etc., que son obligaciones de la EPS por 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 en la afiliada **CARMEN ELVIRA DÍAZ FLÓREZ (Q.E.P.D.)**, 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 de la 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 ACTUÓ DENTRO DE LOS LÍMITES DE SUS OBLIGACIONES CON TODA LA DISPOSICIÓN Y DENTRO DE LOS PARÁMETROS DE OPORTUNIDAD Y EFICIENCIA PROPIOS DE LA ENTIDAD.**

Por lo expuesto solicito al Señor Juez, declarar la prosperidad de la presente excepción.

**VII. AUSENCIA DE CULPA y RUPTURA DEL NEXO CAUSAL POR HECHO IMPUTABLE DE MANERA EXCLUSIVA A UN TERCERO.**

Esta excepción se propone respecto a NUEVA EPS S.A. como demandada.

**De la ausencia de culpa de la Nueva EPS S.A.**

Si para que sea indemnizable un daño, se requiere primero que exista un daño antijurídico y la existencia de un nexo entre ese daño y la actividad del demandado, debemos recordar que **TAL COMO SE EXPUSO EN LA EXCEPCIÓN ANTERIOR Y EN LA CONTESTACIÓN DE LOS HECHOS**, que NUEVA EPS S.A. no es una entidad que preste servicios de salud, ya que esta labor dentro el esquema propio del sistema general de seguridad social en salud corresponde a las IPS, que pueden ser propias de las EPS o contratadas por estas para garantizar la prestación del servicio, adicional a lo anterior se debe tener en cuenta la participación temporal de cada uno de los demandados e incluso de otras entidades para poder endilgar responsabilidades a terceros como en el caso que nos ocupa.

En este orden de ideas, atendiendo a la naturaleza jurídica de cada uno de los miembros del sistema general de seguridad social en salud, se establece claramente como la naturaleza de las EPS o ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD, es completamente diferente a la IPS o INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SALUD, siendo así existe una actuación positiva de parte de la IPS y no de la EPS en el resultado final, por lo tanto el nexo causal se rompe automáticamente respecto de NUEVA EPS ya que su actuar deviene de las autorizaciones y requerimientos de la paciente, las que fueron cumplidas cabalmente, y no en la atención directa de la paciente, que corresponde necesariamente a la IPS por medio de sus cuerpo médico en ejercicio de la LEX ARTIS propia de los galenos.

También como con las precedentes, también por lo explicado en esta, debe declararse su prosperidad.

### **VIII. COBRO DE LO NO DEBIDO Y ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA**

*En las pretensiones de la demanda se pide que se reconozcan perjuicios por daños morales, materiales, fisiológicos, etc., estableciéndose que hay situaciones particulares de los actores, sobre una base abiertamente inexistente, de otra parte se observa que las pretensiones van más allá de lo que en un momento dado pueda pensarse como una situación resarcitoria, ya que se hizo hasta lo imposible por el mantenimiento de la vida de la paciente, lo cual pese a los ingentes esfuerzos médicos no se logró, de otra parte se observa en las pretensiones por daños morales, que éstos no se ajustan a los lineamientos jurisprudenciales y legales para una situación como la alegada, lo cual desborda cualquier lógica tanto jurídica como económica, por cuanto estas pretensiones atacan directamente el sistema general de seguridad social, ya que olvidan principios como el de sostenibilidad del sistema, y además olvidan que la responsabilidad médica no puede ser materia de enriquecimiento.*

### **VIII. INEXISTENCIA DE YERRO INEXCUSABLE EN EL ACTUAR DEL MEDICO Y LA IPS TRATANTE, RESPONSABILIDAD DE MEDIO Y NO DE RESULTADO**

*Independientemente de lo dicho en las excepciones anteriores, de conformidad con los mismos dichos de la demanda y las pruebas que se practicarán dentro del proceso, se demostrará la inexistencia de un error ostensible en las etapas diagnósticas, análisis y tratamiento dado a la señora **CARMEN ELVIRA DÍAZ FLÓREZ (Q.E.P.D.)**, que pueda ser imputable a título de culpa al equipo médico y a la IPS participantes en el hecho generador del presunto daño*

*Recuérdese que, a la afiliada se le prestaron todos los servicios derivados del contrato de afiliación al SGSSS, no siendo posible a Nueva EPS garantizar un resultado satisfactorio de los tratamientos o diagnósticos brindados, pues éstos se prestan como obligaciones tan sólo de medio y no de resultado.*

*Es por lo anterior, que en tratándose de responsabilidad médica, se ha dicho que esta (la actividad médica) genera obligaciones de medio y no de resultado, pues la regla general indica que ningún médico puede garantizar a su paciente el 100% de efectividad y por otro lado, al ser una actividad humana, siempre existe un riesgo implícito en la conducta médica. Adicionalmente, muchos de los acontecimientos que hacen que el tratamiento o diagnósticos dados a un paciente, no sean los esperados, esto no se debe necesariamente a una mala praxis de la medicina, sino a situaciones o riesgos implícitos en la patología tratada, siendo episodios esperados o previsibles en un paciente.*

*Por lo anterior, ya se ha pronunciado la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y entre otras en providencia del 15 de enero de 2008, con ponencia del Dr. Edgardo Villamil Portilla, precisamente en un caso similar al presente. Dijo en aquella oportunidad:*

*"En ese contexto, los especiales perfiles que presenta el ejercicio de la actividad médica y la marcada trascendencia social de esa práctica, justifican un especial tipo de responsabilidad profesional, pero sin extremismos y radicalismos que puedan tomarse "ni interpretarse en un sentido riguroso y estricto, pues de ser así, quedaría cohibido el facultativo en el ejercicio profesional por el temor a las responsabilidades excesivas que se hicieran pesar sobre él, con grave perjuicio no sólo para el mismo médico sino para el paciente. 'Cierta tolerancia se impone, pues dice Sabatier, sin la cual el arte médico se haría, por decirlo así, imposible, sin que esto implique que esa tolerancia debe ser exagerada, pues el médico*

no debe perder de vista la gravedad moral de sus actos y de sus abstenciones cuando la vida y la salud de sus clientes dependen de él”.

Sin embargo, no hay para la conducta de los médicos una inmunidad al régimen general de las obligaciones, pues como ha reconocido la jurisprudencia, “el médico se compromete con su paciente a tratarlo o intervenirle quirúrgicamente, a cambio de una remuneración económica, en la mayoría de los casos, pues puede darse la gratuidad, con el fin de liberarlo, en lo posible, de sus dolencias; para este efecto aquel debe emplear sus conocimientos profesionales en forma ética, con el cuidado y diligencia que se requieran, sin que, como es lógico, pueda garantizar al enfermo su curación ya que esta no siempre depende de la acción que desarrolla el galeno, pues pueden sobrevenir circunstancias negativas imposibles de prever” (Sent. Cas. Civ. de 26 de noviembre de 1986).”

Recordemos cómo, la responsabilidad médica tiene fuente en el “yerro inexcusable” cometido en la práctica médica y que por lo mismo irroga perjuicios a un paciente, premisa jurídica que siempre debe servir de plataforma para la decisión de un litigio que guarda sustento en la praxis médica. En el presente caso, no existe “yerro inexcusable” en el comportamiento de los médicos tratantes.

**IX. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD**

Los actos u omisiones de carácter médico endilgadas por la parte demandante, no fueron desplegados 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 se encuentra obligado a observar 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 las 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 médico 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 sus 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 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 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.

**X. EXCEPCIÓN GENÉRICA**

Solicito sea declarada cualquier excepción que se llegare a probar en el transcurso del proceso.

### **FRENTE A LAS PRUEBAS SOLICITADAS Y APORTADAS EN LA DEMANDA PRINCIPAL**

Debe el señor Juez realizar la valoración de las mismas conforme con los criterios que exige la sana crítica, igualmente no sobra 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 E.P.S., y tercero, que existe un nexo causal que relacione el presunto error con el daño.

### **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 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., pues los hechos generadores no le son endilgables.

### **SOLICITUD DE PRUEBAS**

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

#### **- DOCUMENTALES:**

Se tengan como tales las siguientes que aporto:

- Concepto de oportunidad, autorizaciones y anexos elaborado por la jefatura de autorizaciones de la NUEVA EPS.
- Copia del contrato celebrado entre Nueva E.P.S. S.A., y la IPS INSTITUCIÓN PRESTADORA DE SERVICIOS DE SALUD, FUNDACIÓN OFTALMOLÓGICA DE SANTANDER (FOSCAL), donde constan las condiciones de la mencionada relación contractual; dicho contrato, se encuentra ANEXO en el llamamiento en garantía.

#### **- 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 CIVIL 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 **CARMEN ELVIRA DÍAZ FLÓREZ (Q.E.P.D.)**, 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.

**- INTERROGATORIOS DE PARTE:**

1. 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, que sean 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 pueden ser notificados de la diligencia en la dirección aportada en la demanda.

**NOTIFICACIONES**

A la demandada NUEVA EPS S.A., en la carrera 85K 46 A – 66 piso 2º de la ciudad de Bogotá.

Al suscrito apoderado en la Secretaría de su Honorable Despacho o en la Carrera 12 No. 71-53 oficina 103 de la ciudad de Bogotá. Correo electrónico: ABCM.NUEVAEPS@GMAIL.COM

Celular: 302-3738201.

**ANEXOS**

Los documentos citados en el acápite pruebas documentales.

Atentamente,

  
**LUIS CARLOS TORRES MENDIETA.**  
C.C. 80.034.100 de Bogotá  
T.P. 190.561 del C. S. de la J.