

Señores:
JUZGADO CIVIL DE ARAUCA
E. S. D.

Referencia: Proceso: RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA
CONTRACTUAL
Demandante: YUDYS PERALES VELÁSQUEZ Y OTROS
Demandado: NUEVA EPS S.A.
Expediente: 2019-207

PJ-2572 ARAUCA

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 allegado en la notificación, por medio del presente escrito me permito contestar la demanda formulada por la señora YUDYS PERALES VELÁSQUEZ , conforme las siguientes consideraciones:

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Atendiendo tanto a los hechos del caso, como a los argumentos expuestos por la parte demandante y en consideración a que al OBJETO DE LA DEMANDA corresponde el daño A LA SUPUESTA PROLONGACION DEL SUFRIMIENTO DE LOS DEMANDANTES Y DE LA PACIENTE, considero de trascendental importancia, para efectos de que el presente proceso se ajuste a todos los requerimientos legales que rigen el tema tanto procesal como sustancialmente, establecer las siguientes consideraciones que, ruego al Señor Juez, tenga en cuenta a la hora de realizar los análisis respectivos frente al presente caso.

CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA Y DE SUS FAMILIARES, CUANDO DE FORMA VOLUNTARIA DECIDEN NO ACEPTAR LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO SOLICITADO (EUTANASIA), EN UNA CIUDAD DISTINTA A LA DE ARAUCA.

“La jurisprudencia de la Sección Tercera, a través de una línea jurisprudencial, ha establecido 11 fundamentos o supuestos en los que cabe, o no, encuadrar el hecho o culpa de la víctima como eximente de responsabilidad de la Administración pública:

1. Se concreta por la experiencia de la víctima en el manejo de objetos o en el despliegue de actividades.
2. La “ausencia de valoración del riesgo por parte de las víctimas” puede constituir una “conducta negligente relevante”.
3. Puede constituirse en culpa de la víctima el ejercicio por los ciudadanos de “labores que no les corresponden”.
4. Debe contribuir “decisivamente al resultado final”.
5. Para “que la conducta de la víctima pueda exonerar de responsabilidad a la entidad demandada, la misma debe ser causa determinante en la producción del daño y ajena a la Administración”, a lo que se agrega que en “los eventos en los cuales la actuación de la víctima resulta ser la causa única, exclusiva

o determinante del daño, carece de relevancia la valoración de su subjetividad”.

6. La “violación por parte de esta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado”, la que “exonera de responsabilidad al Estado en la producción del daño cuando ésta es exclusiva”.
7. Por el contrario, no se configura como eximente cuando no hay ni conocimiento de un elemento o actividad que entraña peligro, ni hay imprudencia de la víctima.
8. Se entiende la culpa exclusiva de la víctima “como la violación por parte de esta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado”, lo que cabe encuadrar, matizando, en el primer supuesto, porque no solo opera por virtud del consentimiento de un acto ilícito, sino al despliegue de una conducta que es violatoria de las obligaciones a las que está llamado a cumplir (como en la conducción de vehículos a la velocidad ordenada, a la distancia de seguridad, a la realización de maniobras autorizadas, al respeto de la señalización, etc.).
9. Debe demostrarse “además de la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta”, lo que encuadra en el cuarto supuesto dogmático de la imprudencia de la víctima.
10. Que se acrediten los elementos objetivos de la conducta gravemente culposa de la víctima.
11. Que la víctima “por sus propios hechos y actuaciones se puso en condiciones de soportar el daño” (**C. P. Jaime Orlando Santofimio**).

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 05001233100020120069001 (54121), Nov. 27/17”

La parte actora, enfoca la acción en el sufrimiento causado a la paciente y a sus familiares, por la supuesta demora en la realización del procedimiento de eutanasia solicitado por la paciente, queriendo de éste modo mostrar los supuestos daños, omitiendo un punto muy importante, y es el origen material del daño alegado, que como se verá mas adelante se debió a la negativa de la paciente y su familia en que se le practicara la EUTANASIA, en una ciudad distinta a la de ARAUCA, convirtiéndose en una talanquera para que la NUEVA EPS diera cumplimiento a cabalidad con lo establecido en la tutela y en la Resolución 1216 de 2015.

Resulta entonces evidente que los hechos generadores del daño no surgen de la actividad de la EPS y mucho menos de la falta de la prestación del servicio, pues desde que se emitió la acción de tutela, la NUEVA EPS, ofreció a la paciente y a sus familiares, las alternativas para dar cumplimiento a la orden judicial, sin embargo, tal como lo indicó el apoderado de la parte actora y como se desprende del documento elaborado el 28 de diciembre de 2016, tanto la paciente como la familia no querían que se realizara el procedimiento en la ciudad de Bucaramanga, donde se podría cumplir con lo establecido tanto en la tutela misma como en la resolución 1216 de 2015.

Aunado a lo anterior, se evidencia que para el 28 de diciembre de 2016 según lo indicó el médico tratante Dr. EDWIN ALFONSO LENGUAS, la paciente y la familia no estaban seguros del procedimiento solicitado, pues para esa fecha la paciente presentaba leve mejoría del dolor con el tratamiento dado por el médico internista, tal como se puede observar en el siguiente extracto del siguiente documento así:

El médico tratante Dr. Edwin Lengua, una vez escucha las partes intervinientes en la reunión, reitera que la eutanasia no puede garantizarse ante la duda y advierte que posiblemente la misma paciente y sus familiares no están preparados, que actualmente la paciente se encuentra estable y con control de dolor por cuanto él ha pasado por varias escalas de analgésicos y que ahora mismo le está suministrando 8 miligramos cada 4 horas de hidromorfona, que aunque es una dosis alta, ha sido tolerada por la paciente y se le seguirá suministrando, poniendo en conocimiento de la paciente y los familiares, los efectos secundarios de dicho tratamiento, así como el riesgo de depresión en la paciente, fallas en el sistema respiratorio y nervioso.

Indica también que aunque en este momento ella no tiene una buena calidad de vida, con esta dosis de analgésico controla el dolor y al sentirse bien conlleva a que haya duda en la solicitud de la eutanasia; aclara que no es posible preparar una eutanasia para cuando ella presente recaída, porque eso no funciona así; frente a la sugerencia de surtir el protocolo vía teleconferencia es adecuado, "pero ahora mismo me llaman y me manifiestan que la paciente no va a viajar, que no quiere viajar, lo que demuestra que no hay seguridad frente a la solicitud del procedimiento, por cuanto si uno se quiere hacer un procedimiento, yo me lo hago donde me lleven ya que la Nueva EPS le ha manifestado garantizar todos lo pertinente en cuanto al servicio".

Frente a la necesidad de viaje informa que si bien reviste un riesgo, considera que al ser la finalidad del viaje, un procedimiento de eutanasia, este riesgo no es incoherente con lo que la afiliada desea, por lo que no le vería inconveniente desde el punto de vista médico. Manifiesta, adicionalmente, que existe una relación de amistad que se ha generado con la familia de la Sra. Diana, que debemos actuar con el bienestar de la paciente en mente, y está de acuerdo con la Nueva EPS reiterando su disposición en lo que pueda colaborar conforme el caso que nos ocupa, pero que no ve objeto en continuar con un proceso de eutanasia "si acá (Arauca) no se puede realizar y ella no acepta viajar".

Nótese desde ahora que el origen del daño alegado se da por una actividad de la misma víctima y su familia, cual es la de poner trabas en la prestación del servicio a la NUEVA EPS, endilgando demoras que en últimas ellos mismos generaron no solo por que no querían que se practicara la EUTANASIA en Arauca, sino también por la duda que existía en la realización del procedimiento mismo, tal como quedo evidenciado en el documento realizado en 28 de diciembre de 2016.

No se puede dejar de lado la EPS brindó los procedimientos relacionados con la EUTANASIA y aún sigue brindando la atención requerida por los familiares de la paciente.

EL DAÑO ES UN REQUISITO NECESARIO, SIN EMBARGO NO ES SUFICIENTE PARA DECLARAR LA RESPONSABILIDAD.

Una de las reglas primordiales de la Responsabilidad Civil es aquella que predica el hecho que "*sin daño no hay responsabilidad*", a tal punto que de no presentarse éste, será imposible predicar algún tipo de responsabilidad.

Sin embargo, pueden presentarse ocasiones en las cuales aun existiendo certeza del daño, no hay lugar a declarar la responsabilidad, es decir, bajo este supuesto el daño se convierte en un requisito esencial, necesario o primordial, pero no es suficiente para declarar la responsabilidad civil.

En efecto, en algunos eventos la jurisprudencia ha sentado una base en la cual aun existiendo certeza del daño no se declara la responsabilidad; situación que se ha presentado principalmente en dos hipótesis:

El daño existe, sin embargo no se puede atribuir al demandado, ya que existe una de las causales exonerativas de la responsabilidad.

El daño existe y es imputable, sin embargo el imputado o demandado no tiene la obligación legal de repararlo, ya que, se trata de un daño con carácter jurídico, es decir, quien lo sufre tiene el deber legal de soportarlo.

Para el caso que nos ocupa, si bien pudiese considerarse hipotéticamente, la existencia de un daño por parte de los aquí demandantes, éste no es imputable a la **NUEVA EPS**, por cuanto el efecto de la no aceptación del procedimiento en otra

ciudad y la duda de la paciente y su familia, efectivamente, incidieron en la demora que ahora es objeto de reproche en el presente proceso

Por lo anterior se considera que, se ha de declararse la improcedencia de las pretensiones de la demanda en contra de **NUEVA E.P.S.** en la medida que no se configuran los elementos necesarios para poder predicar la responsabilidad con respecto a mi representada.

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 composición familiar de la parte demandante ya que dichas circunstancias pertenecen al fuero interno de la familia de la actora, sin embargo, se debe acreditar tales manifestaciones en debida forma, con la documentación legal prevista para ello.

AL HECHO 2: ES CIERTO: conforme la documental allegada al traslado de la demanda.

DEL HECHO 3 AL HECHO 4: 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 **DIANA MARCELA HOYOS PERALES**, 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 **DIANA MARCELA HOYOS PERALES**, 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 5: NO NOS CONSTAN, todo lo concerniente a tiempo modo y lugar de los hechos narrados en el presente hecho; por tanto, dichas circunstancias fácticas deberán probarse en debida forma por la parte actora y en la etapa procesal prevista para ello, para darle el valor probatorio que pretende la parte actora.

DEL HECHO 6 AL HECHO 8: NO NOS CONSTAN, todo lo concerniente a la sintomatología, diagnósticos, tratamientos y demás circunstancias de modo, tiempo y lugar de la atención brindada la señora **DIANA MARCELA HOYOS PERALES (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 **DIANA MARCELA HOYOS PERALES (Q.E.P.D.)**, 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.

DEL HECHO 9 AL HECHO 11: : NO NOS CONSTAN, todo lo concerniente a la sintomatología, diagnósticos, tratamientos y demás circunstancias de modo, tiempo y lugar de la atención brindada la señora **DIANA MARCELA HOYOS PERALES**

*(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 **DIANA MARCELA HOYOS PERALES (Q.E.P.D.)**, 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:*

DEL HECHO 12 AL HECHO 15: NO NOS CONSTAN, todo lo concerniente a tiempo modo y lugar de los hechos narrados en el presente hecho; lo anterior, por ser **HECHOS DE TERCEROS**, por tanto, dichas circunstancias fácticas deberán probarse en debida forma por la parte actora y en la etapa procesal prevista para ello, para darle el valor probatorio que pretende la parte actora.

AL HECHO 16: NO ME CONSTA, ME ATENGO A LO QUE SE PRUEBE, sin embargo, cabe destacar que haciendo una lectura de los hechos anteriores, se evidencia que hasta el 06 de octubre de 2016 la NUEVA EPS, no fue notificada por parte de la paciente o sus familiares sobre el procedimiento de EUTANASIA.

DEL HECHO 17 AL HECHO 18: ES CIERTO: según los documentos anexos a la demanda.

AL HECHO 19: ES CIERTO: sin embargo, se pone de presente que se esta haciendo por parte del apoderado actor una confesión, respecto de que la mamá de la paciente, es decir la señora demandante YUDYS PERALES VELÁSQUEZ “NO ACEPTO” realizar el procedimiento denominado EUTANASIA. Circunstancia que debe tener en cuenta el honorable Juez al momento de estudiar el daño alegado en el presente caso.

AL HECHO 20: NO NOS CONSTAN, todo lo concerniente a la sintomatología, diagnósticos, tratamientos y demás circunstancias de modo, tiempo y lugar de la atención brindada la señora **DIANA MARCELA HOYOS PERALES (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.

Sin embargo, desde ya solicito al Honorable Despacho se tenga en cuenta lo manifestado por el mismo galeno tratante Dr. Edwin lengua Llorente, el día 28 de diciembre de 2016, en acta de REVISIÓN DE PROTOCOLO DE EUTANASIA.

AL HECHO 21: ES PARCIALMENTE CIERTO, respecto de que la demandante se comunicó con NUEVA EPS, con el objetivo de realizar el procedimiento de

EUTANASIA en la ciudad de ARAUCA, sin embargo, NO ES CIERTO de que por capricho o imposición de la NUEVA EPS, no se le realizaría el procedimiento en ARAUCA, pues tanto la demandante, la paciente, la IPS SAN VICENTE DE ARAUCA, como el médico tratante, conocían que para cumplir con lo establecido en la acción de tutela y la resolución 1226 de 2015, se debía contar con un COMITÉ CIENTÍFICO INTERDISCIPLINARIO, el cual no se encontraba creado en la ciudad de ARAUCA, razón por la cual la NUEVA EPS sin negación alguna, ni incumplimiento de lo ordenado en la acción de tutela, pone a su disposición el tratamiento en dos ciudades (Bogotá y Bucaramanga) donde se podría garantizar efectivamente el cumplimiento de tratamiento ordenado en el fallo de la tutela y según los parámetros establecidos en la resolución 1226, pero por circunstancias ajenas a la NUEVA EPS, es la misma familia de la paciente y la paciente, quienes obstaculizan el cumplimiento de lo ordenado, recuérdese lo manifestado en el hecho 19 del presente escrito.

AL HECHO 22: DADA LA MULTIPLICIDAD DE HECHOS NARRADOS SE CONTESTARA DE LA SIGUIENTE MANERA ASÍ:

ES PARCIALMENTE CIERTO: respecto a la interposición del incidente, según se evidencia en la documentación anexa al escrito de demanda.

NO ES CIERTO, que la NUEVA E.P.S., haya demostrado falta de interés en el cumplimiento de lo ordenado en el fallo de tutela, pues tal como se evidencia en el mismo escrito de demanda, NUEVA E.P.S., se comunicó y se reunió con la paciente y sus familiares para ofrecer el tratamiento en dos ciudades, donde le podrían prestar el servicio médico solicitado y ordenado por el fallo de tutela. Luego, lo manifestado en el presente hecho carece veracidad, pues si existió demora en la prestación del servicio, esta no se debió a una negación o demora injustificada de parte de NUEVA E.P.S., pues tal como se indicó por el mismo apoderado actor, fue la familia y la paciente quienes se negaban a recibir el tratamiento en una ciudad distinta a la de ARAUCA.

AL HECHO 23: NO NOS CONSTAN, lo manifestado en el presente hecho, lo anterior, por ser **HECHOS DE TERCEROS**, pues, no nos constan las circunstancias de tiempo, modo y lugar de las manifestaciones narradas en el presente hecho; dichas circunstancias fácticas narradas, deberán probarse en debida forma por la parte actora, en la etapa procesal prevista para ello, *para darle el valor probatorio que pretende el actor.*

AL HECHO 24: DADA LA MULTIPLICIDAD DE HECHOS NARRADOS SE CONTESTARA DE LA SIGUIENTE MANERA ASÍ:

NO ES CIERTO: la manifestación del apoderado actor respecto a lo indicado frente a la posición de la NUEVA EPS, en la reunión celebrada el 28 de diciembre de 2016, pues, tal como se evidencia en el mismo documento allegado por la actora, se extrae lo siguiente:

Al respecto, Javier Canal aclara que Nueva EPS siempre ha mantenido y expresado su voluntad para honrar la solicitud de la Sra. Diana Hoyos pero el hecho de que el Hospital San Vicente haya manifestado su limitación técnica, de infraestructura y de recurso humano y el hecho de que en Arauca no exista ninguna otra IPS que supla los mismos, determina un imposible jurídico para atender la solicitud de Diana en la ciudad de Arauca. Por esta razón, Nueva EPS dispuso de toda la infraestructura y recurso humano en la ciudad de Bucaramanga donde se puede realizar el procedimiento conforme a lo dispuesto en el Protocolo previamente descrito.

(...)

Canal Quijano nuevamente manifiesta que la compañía también se encuentra ante un imposible, toda vez que no se puede obligar a los especialistas a desplazarse a la ciudad de Arauca, el Hospital no se encuentra habilitado para éste procedimiento y esto determinaría la diferencia entre la eutanasia y un homicidio.

(...)

Conforme a lo anterior, se evidencia que NUEVA EPS siempre tuvo la intención de realizar el procedimiento en la ciudad de ARAUCA, sin embargo, se presentaron limitaciones técnicas que impedían la realización del procedimiento médico en dicha ciudad, razón por la cual NUEVA EPS, dispuso a la paciente y su entorno familiar la realización de la EUTANASIA en la ciudad de BUCARAMANGA, donde se podía cumplir con los protocolos establecidos en la sentencia de tutela y en la resolución 1216 de 2015. Sin que ello signifique una imposición como lo quiere hacer ver la parte actora. Pues tal como se establece en la innumerable jurisprudencia de Tutela relativa al caso que nos ocupa, NADIE ESTA OBLIGADO A LO IMPOSIBLE “Ad impossibilia nemo tenetur” ya que NUEVA EPS dio alternativas a la paciente y a su familia siendo éstos quienes imposibilitaban el cumplimiento que ahora es objeto de reproche.

AL HECHO 25: NO ES CIERTO, para tal efecto se anexa prueba donde se evidencia que se le prestó atención psicológica a la demandante, aunado a que en el hecho inmediatamente anterior indica la parte demandante “acompañamiento que no se había dado” lo cual contradice con éste hecho donde indica que “jamás” se le dio acompañamiento psicológico a la demandante.

DEL HECHO 26 AL HECHO 27: NO ES UN HECHO, Se trata de acusaciones subjetivas y reproches de responsabilidad al extremo pasivo, los cuales se convierten en el objeto principal de la demanda. De igual forma es de anotar que lo manifestado en el presente hecho deberá probarse en debida forma y en la oportunidad procesal prevista para ello.

DEL HECHO 28 AL HECHO 35: NO NOS CONSTAN, todo lo concerniente a la sintomatología, diagnósticos, tratamientos y demás circunstancias de modo, tiempo y lugar de la atención brindada la señora DIANA MARCELA HOYOS PERALES (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.

Sin embargo, me atengo a lo que se pruebe por parte de la actora, respecto a lo manifestado en el presente hecho.

Aunado a lo anterior, se puede observar, que se tratan de acusaciones subjetivas y reproches de responsabilidad al extremo pasivo, los cuales se convierten en el objeto principal de la demanda. De igual forma es de anotar que lo manifestado en el presente hecho deberá probarse en debida forma y en la oportunidad procesal prevista para ello.

AL HECHO 36: NO ES UN HECHO; es una transcripción parcial de la sentencia T- 423/17, la cual se allego en copia al expediente.

AL HECHO 37: NO ES CIERTO y con el fin de no hacer repetitiva la presente contestación me remito a lo contestado en el hecho 25, donde se indica que se allega prueba que desvirtúa lo aducido por la parte actora.

AL HECHO 38: NO ME CONSTA, , lo manifestado en el presente hecho, lo anterior, por ser **HECHOS DE TERCEROS**, pues, no nos constan las circunstancias de tiempo, modo y lugar de las manifestaciones narradas en el presente hecho; dichas circunstancias fácticas narradas, deberán probarse en debida forma por la parte actora, en la etapa procesal prevista para ello, *para darle el valor probatorio que pretende el actor.*

AL HECHO 39: ES CIERTO, según se evidencia en la documentación anexa a la presente demanda.

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

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 requerida a la paciente y en el caso en particular cumplió con las obligaciones contractuales contraídas con la paciente, como entidad promotora del servicio de salud, pues no hay que olvidar que la 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 al usuario el acceso a los servicios de salud en entidades acreditadas, reconocidas legalmente, debidamente facultadas para ofrecer la atención médica.

- *Autorizó todos los tratamientos que requirió **la paciente.***
- *A su cargo asumió los tratamientos requeridos **por la usuaria y su familia.***
- *Cuando ha requerido otras atenciones en salud, las ha brindado a través de la red hospitalaria.*
- *Buscó y suministró el tratamiento en las distintas redes de salud para prestar el servicio requerido por la usuaria, sin embargo, tanto la duda como la negación de parte de la paciente y su familia, retrasaron el cumplimiento por parte de NUEVA EPS.*

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 el sufrimiento causado y las afecciones de salud actuales de los familiares de la paciente, supuestamente causado por la demora en la realización de la EUTANASIA, pero hay que preguntarse si ésta efectivamente se da, como lo asegura la parte demandante, por culpa de la EPS, o si realmente el resultado en la salud de los familiares de la paciente se debió a la negación del procedimiento en una ciudad distinta a la de ARAUCA o a la duda existente tanto de la paciente como de la familia, 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, no existe prueba alguna que esta entidad haya realizado acto alguno que se considere como demora injustificada o falta de prestación del servicio requerido tanto por la paciente como por su familia, por lo tanto no haya actuación positiva o negativa de NUEVA EPS, que pueda ser orientada como dañosa, es de anotar que los hechos constitutivos como dañosos tienen como origen, la misma NEGACIÓN DE ACEPTACIÓN DEL

TRATAMIENTO EN OTRA CIUDAD Y LA DUDA QUE SEGÚN EL MEDICO TRATANTE, EXISTÍA TANTO EN LA PACIENTE COMO EN LA FAMILIA.

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

1. *NUEVA EPS, desde que conoció el caso de la paciente DIANA MARCELA HOYOS PERALES, gracias al fallo de tutela, puso a disposición todos los recursos disponibles para el cumplimiento de la orden impartida en dicha acción, sin embargo,*
2. *La paciente y su familia se negaron a que se les suministrara el procedimiento de eutanasia solicitado en la ciudad de BUCARAMANGA.*
3. *Aunado a lo anterior, según su medico tratante, existía duda tanto de la paciente como de la familia en la realización del procedimiento, tal como lo manifestó el Dr Lenguas en la reunión realizada el 28 de diciembre de 2016,*
4. *Existen circunstancias que son ajenas a la voluntad de la NUEVA EPS, tal como la inexistencia de comité interdisciplinario en la ciudad de Arauca, para tal fin la tutela indica en uno de los apartes del resuelve que “de ser ello posible” cuando se refiere al desplazamiento de los médicos que integrarían dicho comité. Situación que NUEVA EPS trato de sobre llevar intentando realizar el comité vía teleconferencia para que se pudiera practicar la eutanasia en la ciudad de Arauca, sin embargo, ni los protocolos médicos, ni los mismos galenos, tanto de Arauca como los de Bucaramanga, permitieron la realización por dicho medio, razón por la cual NUEVA EPS, le manifestó a la paciente y sus familiares que el procedimiento de EUTANASIA, se le realizaría con el cumplimiento de protocolos en la ciudad de Bucaramanga.*

EXCEPCIONES DE FONDO

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

I. CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA Y DE SUS FAMILIARES, CUANDO DE FORMA VOLUNTARIA DECIDEN NO ACEPTAR LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO SOLICITADO (EUTANASIA), EN UNA CIUDAD DISTINTA A LA DE ARAUCA.

“La jurisprudencia de la Sección Tercera, a través de una línea jurisprudencial, ha establecido 11 fundamentos o supuestos en los que cabe, o no, encuadrar el hecho o culpa de la víctima como eximente de responsabilidad de la Administración pública:

1. *Se concreta por la experiencia de la víctima en el manejo de objetos o en el despliegue de actividades.*
2. *La “ausencia de valoración del riesgo por parte de las víctimas” puede constituir una “conducta negligente relevante”.*
3. *Puede constituirse en culpa de la víctima el ejercicio por los ciudadanos de “labores que no les corresponden”.*
4. *Debe contribuir “decisivamente al resultado final”.*
5. *Para “que la conducta de la víctima pueda exonerar de responsabilidad a la entidad demandada, la misma debe ser causa determinante en la producción del daño y ajena a la Administración”, a lo que se agrega que en “los eventos en los cuales la actuación de la víctima resulta ser la causa única, exclusiva o determinante del daño, carece de relevancia la valoración de su subjetividad”.*

6. *La “violación por parte de esta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado”, la que “exonera de responsabilidad al Estado en la producción del daño cuando ésta es exclusiva”.*
7. *Por el contrario, no se configura como eximente cuando no hay ni conocimiento de un elemento o actividad que entraña peligro, ni hay imprudencia de la víctima.*
8. *Se entiende la culpa exclusiva de la víctima “como la violación por parte de esta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado”, lo que cabe encuadrar, matizando, en el primer supuesto, porque no solo opera por virtud del consentimiento de un acto ilícito, sino al despliegue de una conducta que es violatoria de las obligaciones a las que está llamado a cumplir (como en la conducción de vehículos a la velocidad ordenada, a la distancia de seguridad, a la realización de maniobras autorizadas, al respeto de la señalización, etc.).*
9. *Debe demostrarse “además de la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta”, lo que encuadra en el cuarto supuesto dogmático de la imprudencia de la víctima.*
10. *Que se acrediten los elementos objetivos de la conducta gravemente culposa de la víctima.*
11. *Que la víctima “por sus propios hechos y actuaciones se puso en condiciones de soportar el daño” (C. P. Jaime Orlando Santofimio).*

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 05001233100020120069001 (54121), Nov. 27/17”

La parte actora, enfoca la acción en el sufrimiento causado a la paciente y a sus familiares, por la supuesta demora en la realización del procedimiento de eutanasia solicitado por la paciente, queriendo de éste modo mostrar los supuestos daños, omitiendo un punto muy importante, y es el origen material del daño alegado, que como se verá mas adelante se debió a la negativa de la paciente y su familia en que se le practicara la EUTANASIA, en una ciudad distinta a la de ARAUCA, convirtiéndose en una talanquera para que la NUEVA EPS diera cumplimiento a cabalidad con lo establecido en la tutela y en la Resolución 1216 de 2015.

Resulta entonces evidente que los hechos generadores del daño no surgen de la actividad de la EPS y mucho menos de la falta de la prestación del servicio, pues desde que se emitió la acción de tutela, la NUEVA EPS, ofreció a la paciente y a sus familiares, las alternativas para dar cumplimiento a la orden judicial, sin embargo, tal como lo indicó el apoderado de la parte actora y como se desprende del documento elaborado el 28 de diciembre de 2016, tanto la paciente como la familia no querían que se realizara el procedimiento en la ciudad de Bucaramanga, donde se podría cumplir con lo establecido tanto en la tutela misma como en la resolución 1216 de 2015.

Aunado a lo anterior, se evidencia que para el 28 de diciembre de 2016 según lo indicó el médico tratante Dr. EDWIN ALFONSO LENGUAS, la paciente y la familia no estaban seguros del procedimiento solicitado, pues para esa fecha la paciente presentaba leve mejoría del dolor con el tratamiento dado por el médico internista, tal como se puede observar en el siguiente extracto del siguiente documento así:

El médico tratante Dr. Edwin Lengua, una vez escucha las partes intervinientes en la reunión, reitera que la eutanasia no puede garantizarse ante la duda y advierte que posiblemente la misma paciente y sus familiares no están preparados, que actualmente la paciente se encuentra estable y con control de dolor por cuanto él ha pasado por varias escalas de analgésicos y que ahora mismo le está suministrando 8 miligramos cada 4 horas de hidromorfona, que aunque es una dosis alta, ha sido tolerada por la paciente y se le seguirá suministrando, poniendo en conocimiento de la paciente y los familiares, los efectos secundarios de dicho tratamiento, así como el riesgo de depresión en la paciente, fallas en el sistema respiratorio y nervioso.

Indica también que aunque en este momento ella no tiene una buena calidad de vida, con esta dosis de analgésico controla el dolor y al sentirse bien conlleva a que haya duda en la solicitud de la eutanasia; aclara que no es posible preparar una eutanasia para cuando ella presente recaída, porque eso no funciona así; frente a la sugerencia de surtir el protocolo vía teleconferencia es adecuado, "pero ahora mismo me llaman y me manifiestan que la paciente no va a viajar, que no quiere viajar, lo que demuestra que no hay seguridad frente a la solicitud del procedimiento, por cuanto si uno se quiere hacer un procedimiento, yo me lo hago donde me lleven ya que la Nueva EPS le ha manifestado garantizar todos lo pertinente en cuanto al servicio".

Frente a la necesidad de viaje informa que si bien reviste un riesgo, considera que al ser la finalidad del viaje, un procedimiento de eutanasia, este riesgo no es incoherente con lo que la afiliada desea, por lo que no le vería inconveniente desde el punto de vista médico. Manifiesta, adicionalmente, que existe una relación de amistad que se ha generado con la familia de la Sra. Diana, que debemos actuar con el bienestar de la paciente en mente, y está de acuerdo con la Nueva EPS reiterando su disposición en lo que pueda colaborar conforme el caso que nos ocupa, pero que no ve objeto en continuar con un proceso de eutanasia "si acá (Arauca) no se puede realizar y ella no acepta viajar".

Nótese desde ahora que el origen del daño alegado se da por una actividad de la misma víctima y su familia, cual es la de poner trabas en la prestación del servicio a la NUEVA EPS, endilgando demoras que en últimas ellos mismos generaron no solo por que no querían que se practicara la EUTANASIA en Arauca, sino también por la duda que existía en la realización del procedimiento mismo, tal como quedo evidenciado en el documento realizado en 28 de diciembre de 2016.

No se puede dejar de lado la EPS brindó los procedimientos relacionados con la EUTANASIA y aún sigue brindando la atención requerida por los familiares de la paciente.

II. 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 **DIANA MARCELA HOYOS PERALES (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, tratamientos de quimio terapia, con todos los servicios que éstas autorizaciones llevan aparejadas, Eliminándose toda barrera de acceso a la paciente.

Por último, es necesario aclarar, que NUEVA EPS S.A. no interrumpió nunca el servicio prestado a la paciente **DIANA MARCELA HOYOS PERALES (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.

III. 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 la paciente 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.

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 del paciente es producido por el actuar negligente u omisivo de los profesionales de la salud o las entidades prestadoras de salud,

El daño lo encuadran en el sufrimiento y dolor causado a los familiares de la paciente y a la paciente, supuestamente causado por la demora en la realización del procedimiento de EUTANASIA, pero hay que preguntarse si ésta demora efectivamente se da, como lo asegura la parte demandante, por culpa o capricho o imposición de la NUEVA EPS, o si realmente el resultado DEL DAÑO ALEGADO SE DA POR LA NEGACIÓN DE LA MISMA PACIENTE Y SU FAMILIA EN LA REALIZACIÓN DE LA EUTANASIA EN UNA CIUDAD DISTINTA A LA DE ARAUCA, AUNADO A LA DUDA EXISTENTE EN LA PACIENTE MISMA DE LA REALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO EUTANASICO, BASTA CON OBSERVAR LO MANIFESTADO POR EL MEDICO TRATANTE EN LA REUNIÓN DE FECHA 28 DE DICIEMBRE DE 2016. TAL COMO SE EVIDENCIA EN EL SIGUIENTE EXTRACTO DE LA REUNIÓN:

"(...)

El médico tratante Dr. Edwin Lengua, una vez escucha las partes intervinientes en la reunión, reitera que la eutanasia no puede garantizarse ante la duda y advierte que posiblemente la misma paciente y sus familiares no están preparados, que actualmente la paciente se encuentra estable y con control de dolor por cuanto él ha pasado por varias escalas de analgésicos y que ahora mismo le está suministrando 8 miligramos cada 4 horas de hidromorfona, que aunque es una dosis alta, ha sido tolerada por la paciente y se le seguirá suministrando, poniendo en conocimiento de la paciente y los familiares, los efectos secundarios de dicho tratamiento, así como el riesgo de depresión en la paciente, fallas en el sistema respiratorio y nervioso.

Indica también que aunque en este momento ella no tiene una buena calidad de vida, con esta dosis de analgésico controla el dolor y al sentirse bien conlleva a que haya duda en la solicitud de la eutanasia; aclara que no es posible preparar una eutanasia para cuando ella presente recaída, porque eso no funciona así; frente a la sugerencia de surtir el protocolo vía teleconferencia es adecuado, "pero ahora mismo me llaman y me manifiestan que la paciente no va a viajar, que no quiere viajar, lo que demuestra que no hay seguridad frente a la solicitud del procedimiento, por cuanto si uno se quiere hacer un procedimiento, yo me lo hago donde me lleven ya que la Nueva EPS le ha manifestado garantizar todos lo pertinente en cuanto al servicio".

Frente a la necesidad de viaje informa que si bien reviste un riesgo, considera que al ser la finalidad del viaje, un procedimiento de eutanasia, este riesgo no es incoherente con lo que la afiliada desea, por lo que no le vería inconveniente desde el punto de vista médico. Manifiesta, adicionalmente, que existe una relación de amistad que se ha generado con la familia de la Sra. Diana, que debemos actuar con el bienestar de la paciente en mente, y está de acuerdo con la Nueva EPS reiterando su disposición en lo que pueda colaborar conforme el caso que nos ocupa, pero que no ve objeto en continuar con un proceso de eutanasia "si acá (Arauca) no se puede realizar y ella no acepta viajar".

(...)"

Deberá entonces el Juzgador verificar si el daño alegado en la presente demanda, se debió al supuesto incumplimiento, demora o imposición de NUEVA EPS frente a la realización del procedimiento de la eutanasia, o si por el contrario la demora se dio por aspectos ajenos a la NUEVA EPS, tales como la falta de comité interdisciplinario en la ciudad de ARAUCA, donde NUEVA EPS, hizo ingentes esfuerzos para que el procedimiento y el comité se pudiera realizar de forma virtual o telefónica desde la ciudad de Bucaramanga, pero por protocolos médicos y por decisión de los galenos tanto de ARAUCA como de BUCARAMAGA, fue imposible realizar. Luego no es posible establecer un daño en el presente caso, dado que la configuración del mismo se debió a un hecho de la propia paciente y su familia. (Hecho de la víctima)

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 partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables de su desidia”.

Frente al tema se encuentra el artículo 167 del Código General del Proceso que establece: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de la norma 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. 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. cumplió con lo ordenado en la acción de tutela, desde el momento mismo que le ofrece tanto a la paciente como a sus familiares la realización del procedimiento de EUTANASIA en una ciudad distinta a la de Arauca, todo por razones técnicas y de protocolos médicos, en aras de cumplir también con la resolución 1226 de 2015, que indica que debe existir un comité interdisciplinario para la realización de la EUTANASIA, comité que la ciudad de ARAUCA NO TENIA, lo que diferencia un procedimiento médico legalmente instituido de un homicidio, pues de no cumplirse (POR LA EPS , IPS Y CUERPO MÉDICO) con la Ley conforme se ordena tanto en la resolución como en la acción de tutela, se podrían ver inmersos en un delito, luego no es dable que la parte actora alegue que existe un daño por negligencia o demora, aun cuando la falta de aceptación proviene de la misma paciente y su familia, aunado a la indecisión o duda que tenían; siendo así existe una actuación positiva de parte de la demandante y la paciente 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, solicitados en la tutela, las que fueron cumplidas cabalmente, como efectivamente sucedió.

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

VII. COBRO DE LO NO DEBIDO Y ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

En las pretensiones de la demanda se pide que se reconozcan perjuicios por daños morales, daño a la vida de relación, 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 dar un tratamiento adecuado a la paciente y así cumplir con la orden judicial; 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 medica no puede ser materia de enriquecimiento.

Debe observarse y probarse cual fue el daño alegado, ya que si el daño se encausa en el fallecimiento de la paciente, este era un resultado mas que obvio, en el tratamiento solicitado, luego no es dable solicitar una indemnización por daños morales y daño en la vida de relación, cuando se sabia el resultado querido por las partes. Por lo anterior solicito al honorable despacho se establezca cual fue el daño que endilgan los aquí demandantes, ya que los aducidos en la demanda, tales como pensamientos suicidas y depresión no necesariamente devienen o provienen de una supuesta demora en la realización de un procedimiento que buscaba aplicar la EUTANASIA a la paciente, mas si pueden devenir de la ausencia y el fallecimiento de la misma.

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

VIII. 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 critica, 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 medica 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.

Debo aclarar que no aportó la Historia Clínica solicitada por no ser la EPS la entidad que tiene a su cargo el citado documento, el cual reposa es en las instituciones médicas.

Al respecto se informa que la reglamentación legal del manejo de la historia clínica de un paciente está contenida en la Resolución 1995 de 1999 del Ministerio de Salud Nacional, la cual respecto de la custodia de la Historia Clínica determina:

Resolución 1995 de 1999 Ministerio de Salud Nacional

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

Por lo anterior no siendo la demanda NUEVA EPS S.A. un prestador de servicios de salud, no tiene a su cargo la Historia Clínica solicitada, la cual debe ser solicitada por el paciente o su representante a la clínica que la atendió

CARGA DE LA PRUEBA

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

Se tengan como tales las siguientes que apporto:

- Listado de autorizaciones y anexos elaborado por la jefatura de autorizaciones de la NUEVA EPS. Donde se puede evidenciar los servicios médicos prestados a la paciente y a la demandante
- Documento denominado REVISIÓN PROTOCOLO DE EUTANASIA, CONSECUTIVO N° 2 de fecha 28 de diciembre de 2016.
- Anexo 2 Bitácora 1 DIANA MERCELA HOYOS traslado paciente para eutanasia
- Seguimiento psicológico a la señora YUDYS PERALES VELÁSQUEZ:
 - A. Comunicado respuesta apoderado LUIS MERARDO TOVAR de fecha 23 mayo
 - B. respuesta de 24 de mayo de 2018, realizada por la IPS SAN VICENTE DE ARAUCA,
 - C. Autorización Psicología De Fecha 27 De Abril De 2018
 - D. Constancia recibido autorización Psicología De Fecha 27 De Abril De 2018
 - E. Programación cita psicología de fecha 21 de mayo de 2018
 - F. Copia historia clínica San Vicente de Arauca salud mental psicología en dos archivos en total 5 folios.
- Comunicado medico internista de fecha 20 diciembre de 2016
- Autorización visita domiciliaria
- Autorización atención domiciliaria
- Copia HISTORIA CLINICA FOSCAL
- HISTORICO DE AUTORIZACIONES
- RESPUESTA A SUPER SALUD

- TESTIMONIALES:

- I. Con todo respeto, SOLICITO tomar prueba testimonial al señor **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 al paciente, 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, por intermedio del suscrito apoderado. O por correo electrónico enviado de la compañía secretaria.general@nuevaeps.com.co
- II. Con todo respeto, SOLICITO tomar prueba testimonial al señor JAVIER CANAL QUIJANO, GERENTE REGIONAL DE SALUD, REGIONAL NORORIENTE, para que determine cuales fueron los trámites administrativos y reuniones realizadas a las cuales haya acudido como gerente regional de salud de la NUEVA EPS, frente a la solicitud de la EUTANASIA por parte de la paciente DIANA HOYOS.

Así como también se refiera a los protocolos para la realización de la EUTANASIA, TIEMPOS, TRAMITES Y EJECUCIÓN DE DICHO PROCEDIMIENTO, 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, por intermedio del suscrito apoderado. O por correo electrónico enviado de la compañía secretaria.general@nuevaeps.com.co

- III. Con todo respeto, SOLICITO tomar prueba testimonial a la señora MAGDA VIVIANA GARRIDO PINZÓN, GERENTE ZONAL DE ARAUCA, para que determine cuales fueron los tramites y las reuniones realizadas a las cuales haya acudido como gerente zonal de la NUEVA EPS, frente a la solicitud de la EUTANASIA por parte de la paciente DIANA HOYOS. Así como también se refiera a los protocolos para la realización de la EUTANASIA, TIEMPOS, TRAMITES Y EJECUCIÓN DE DICHO PROCEDIMIENTO, 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, por intermedio del suscrito apoderado. O por correo electrónico enviado de la compañía secretaria.general@nuevaeps.com.co

- 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 de manera verbal o por escrito en sobre cerrado, a mi elección, sobre los hechos de la demanda y de las respectivas contestaciones, quien puede ser notificada de la diligencia en la dirección aportada en la demanda.

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. Correos electrónicos: Luisatom@hotmail.com - secretaria.general@nuevaeps.com.co

Celular: 302-3738201.

ANEXOS

Además de los documentos citados en el acápite de documentales, adjunto:

- Poder para la presente actuación debidamente otorgado por el representante legal suplente de Nueva EPS. S.A.

Cordialmente,


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