


MEMORIAL DESCORRIENDO DE EQUIDAD SEGUROS TRASLADO DE EXCEPCIONES EN PROCESO DECLARATIVO No. 2019 - 687

Javier Francisco Franco Mongua <francomonguajf@gmail.com>

Vie 27/01/2023 4:55 PM

Para: Juzgado 24 Civil Circuito - Bogotá - Bogotá D.C. <ccto24bt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 1 archivos adjuntos (313 KB)

CONTESTACIÓN A LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO PROPUESTAS POR EL LLAMADO EN GARANTÍA EQUIDAD SEGUROS VERSIÓN ENERO 27 DE 2023.pdf;

Buenas Tardes

Adjunto memorial para el proceso declarativo No. 2019 - 687 de Leidy Carolina Gonzalez contra Compensar y otros.

Por favor acusar recibo.

Atentamente,

JAVIER FRANCISCO FRANCO MONGUA
Apoderado Demandante.

Señor

JUEZ 24 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA D.C.

ccto24bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

REF.: CONTESTACIÓN A LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO PROPUESTAS POR EL LLAMADO EN GARANTÍA – EQUIDAD SEGUROS

PROCESO DECLARATIVO DE RESPONSABILIDAD CIVIL NO. 2019 – 687

DEMANDANTES: LEIDY CAROLINA GIRALDO GONZÁLEZ, ERICK JOAN MARULANDA MEJÍA, JACOBO MARULANDA GIRALDO representado legalmente por sus padres, JAVIER ALEJANDRO TINOCO CAJAMARCA y MERCELENA GONZÁLEZ MARTÍNEZ

DEMANDADOS: CLINICA JUAN N. CORPAS LTDA., COMPENSAR E.P.S., MELBIN OSWALDO RAMOS MORALES y LUIS GUILLERMO VALBUENA GARCÍA.

JAVIER FRANCISCO FRANCO MONGUA, mayor de edad, domiciliado en Bogotá, identificado con la C.C. N° 80'007.648 de Bogotá, portador de la T.P. No. 124.216 del Consejo Superior. de la Judicatura, en mi calidad de apoderado judicial de los señores LEIDY CAROLINA GIRALDO GONZÁLEZ, mayor de edad y domiciliada en Bogotá, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.048.288.544 de Malambó, Atlántico; ERICK JOAN MARULANDA MEJÍA, mayor de edad y domiciliado en Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.108.833.481 de Atacó Tolima, quienes actúan en nombre propio y en representación del menor JACOBO MARULANDA GIRALDO, domiciliado en Bogotá, identificado con NUIP No. 1.233.918.027; MERCELENA GONZÁLEZ MARTÍNEZ, mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía No. 30.351.975 de La Dorada Caldas; y JAVIER ALEJANDRO TINOCO CAJAMARCA, igualmente mayor e identificado con cédula de ciudadanía No. 79.626.865 de Bogotá, encontrándome dentro del término de ley, respetuosamente comparezco ante su Despacho, con el fin de descorrer las excepciones de mérito propuestas por el apoderado del llamado en garantía LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES ORGANISMO COOPERATIVO, en los siguientes términos.

FRENTE A LA EXCEPCIONES

FRENTE A LA EXCEPCIÓN TITULADA: CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES EN CABEZA DE LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR EN SU PROGRAMA DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD – COMPENSAR EPS

La apoderada del llamado en garantía funda su excepción en que supuestamente la EPS cumplió con sus deberes contractuales, y cita normas del sistema de seguridad social integral, particularmente las referidas al aseguramiento en salud, descargando la responsabilidad en la IPS JORGE CORPAS:

“Ahora bien, en relación con los servicios médicos dispensados por la CLÍNICA JUAN N CORPAS LTDA, se advierte que si bien mi representada realiza seguimiento a la ejecución de los contratos celebrados con las distintas IPS en orden a garantizar la calidad en la atención en salud, no puede suplir las funciones de éstas. Reconociendo esta realidad, en el contrato de prestación de servicios de salud No. CSS042-2015, suscrito el 24 de agosto de 2015 entre la CLINICA JUAN N CORPAS y COMPENSAR EPS, se estableció que la responsabilidad derivada de la atención en salud brindada por la IPS sería responsabilidad de ésta y no de mi representada: “CLÁUSULA 14. AUTONOMÍA Y RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA EJECUCIÓN DEL OBJETO CONTRACTUAL. Para los efectos del presente contrato **EL CONTRATISTA desarrollará con plena autonomía científica, técnica y administrativa la relación con el usuario, teniendo en cuenta los parámetros de eficiencia y calidad correspondientes al nivel de complejidad; por tanto, cualquier responsabilidad derivada de dicha relación será exclusivamente a cargo del CONTRATISTA que presta servicios. COMPENSAR no se hace responsable por los perjuicios que puedan derivarse de la atención prestada por EL CONTRATISTA, con respecto de los resultados adversos, inmediatos o tardíos producidos por efecto de la atención profesional o tratamiento prescrito.** En ningún caso podrá invocarse ni judicial ni extrajudicialmente la existencia de solidaridad con COMPENSAR, pues el CONTRATISTA renuncia expresamente a invocar cualquier norma legal que la establezca o la permita, actualmente vigente o en el futuro (...)” (Negrillas colocadas por la memorialista)

Hay que precisar que **NO ES OPONIBLE** a mis mandantes ningún tipo de cláusula de limitación de responsabilidad, también conocidas como cláusulas de indemnidad. Ellas si tuvieran algún efecto es entre las partes que las suscribieron y no frente a terceros. De las personas que conforman la parte demandada deben responder de forma solidaria como lo establece el artículo 2344 del Código Civil. La responsabilidad en el caso de servicios médico-sanitarios corresponde a todo el equipo de personas que participan en el acto médico:

“El hecho generador de la responsabilidad radicada en el citado galeno, como puede verse, se produjo durante el acto quirúrgico ejecutado por un grupo de profesionales de la medicina, especialistas en diferentes ramos, junto con otro personal auxiliar, que simultáneamente intervinieron en esa fase del tratamiento del padecimiento que aquejaba a la señora Ruge Ortega, que es lo que doctrinariamente se considera "equipo médico", hipótesis en la que, valga anotar, la tendencia de la doctrina actual es hacer gravitar, en principio, la responsabilidad sobre todo el equipo como tal, entendiendo que se trata de una responsabilidad “...in solidum – consorcial “en mano común”, conjunta o colectiva, exigible al grupo o equipo como tal” (Eugenio Llamas Pombo, “La responsabilidad Civil del Médico” págs. 326 a 331). (Sentencia del dieciocho (18) de mayo de dos mil cinco (2005) Referencia: Expediente No. 14415. Sala de Casación Civil Corte Suprema de Justicia Magistrado Ponente Jaime Alberto Arrubla Paucar)

¿Cómo negar que COMPENSAR E.P.S tiene responsabilidad derivada de los actos médicos si fue ella la que escogió a la IPS y esta a los médicos y el equipo de auxiliares de enfermería que practicaron los actos quirúrgicos?
Este es el preciso y típico caso de **CULPA IN ELIGENDO** y **CULPA IN VIGILANDO** de la Escuela Clásica, o la de dependencia y subordinación de las teorías modernas de la responsabilidad. La profesora y doctrinante nacional doctora **MÓNICA LUCÍA FERNÁNDEZ MUÑOZ**, lo explica con claridad:

“Para la escuela clásica la responsabilidad por el hecho ajeno se fundamenta no sólo en la culpa in eligendo, sino también en la culpa in vigilando.

Por su parte, la doctrina moderna da otro fundamento a dicha responsabilidad, consistente en el poder de dirección, de control, de autoridad, la subordinación o la dependencia en que una persona puede hallarse respecto a otra. **Sin embargo, existe la tendencia según la cual no hay impedimento alguno para que puedan combinarse los dos criterios, pues la responsabilidad puede provenir tanto de la culpa cometida al vigilar al subordinado o de la culpa en que se incurra por razón del poder de dirección, control, autoridad, etc., en que una persona está respecto de otra. Sin embargo, existe la tendencia según la cual no hay impedimento alguno para que puedan combinarse los dos criterios, pues la responsabilidad puede provenir tanto de la culpa cometida al vigilar al subordinado o de la culpa en que se incurra por razón del poder de dirección, control, autoridad, etc., en que una persona está respecto de otra.**

En la responsabilidad por el hecho ajeno, el daño lo causa el directamente responsable (entendido como tal, la persona que estando bajo el cuidado de otra, causa el daño a un tercero), por quien debe responder el demandado como civilmente responsable (persona que tiene a otra bajo su cuidado). Entendido así se generaría, como su nombre lo indica, una responsabilidad indirecta o por el hecho de otro. **Sin embargo, se ha sostenido por numerosas doctrinas que en el fondo se trata de una verdadera responsabilidad directa o por el hecho propio. En efecto, las personas declaradas responsables por el hecho ajeno (civilmente responsables), tales como los padres, los directores de colegios etc, sujetos a reparar los daños causados por sus hijos, alumnos etc (directamente responsables), tienen normalmente una parte en la realización del perjuicio (vigilancia insuficiente), por tanto, si bien la causa última del daño es el hecho del menor, el legislador lo que sanciona es el comportamiento presuntamente culposo del civilmente responsable, lo que en el fondo significaría que éste responde no por el hecho ajeno sino por su hecho personal, pues es responsable, en tanto que incumple la obligación derivada del deber de vigilancia y control”.** (La culpa en el régimen de responsabilidad por el hecho ajeno Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 5(1): 230-249, enero-junio de 2003 MÓNICA LUCÍA FERNÁNDEZ MUÑOZ. Negrillas, itálicas y subrayas fuera del original).

Así, NO es viable que se excluya de responsabilidad a **COMPENSAR E.P.S** bajo el argumento que su trabajo se limitaba a contratar a la IPS.

En el proceso de Luz Mery Zambrano Acevedo contra **SANITAS S.A. EPS**, dejó clara la Corte Suprema de Justicia las obligaciones y responsabilidades de las Empresas Prestadoras del Servicio de Salud:

“Las excepciones de “cumplimiento de las obligaciones establecidas en las normas legales vigentes por parte de la EPS Sanitas”; “inexistencia de la obligación indemnizatoria”; “ausencia de responsabilidad de EPS Sanitas”; y “ausencia de culpa por parte de la EPS Sanitas S.A.”, se sustentaron en las mismas razones, a saber: que el artículo 177 de la Ley 100 de 1993 impone a la EPS la responsabilidad de afiliación, registro de los afiliados y recaudo de las cotizaciones, sin que tenga ninguna injerencia en los procesos de atención en salud que se brindó a la demandante en la Clínica Universitaria Colombia.

En contra del anterior razonamiento, cabe aclarar que no es cierto que la responsabilidad de las EPS se circunscribe a sus funciones estrictamente administrativas en relación con el acceso de los usuarios a la red de salud, pues según el artículo 177 de la ley 100 de 1993, las empresas promotoras de salud tienen como función básica «organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados (...)». Luego, las EPS son responsables directas por la prestación del servicio de salud que reciben los usuarios.

En el mismo sentido, los artículos 178, 179 y 180 de la ley 100 de 1993, señalan que las entidades promotoras de salud tienen el control sobre la calidad de la prestación del servicio, como bien se explicó líneas arriba. **(Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Ariel Salazar Ramírez SC9193-2017 Radicación nº 11001-31-03-039-2011-00108-01 Aprobado en sesión del veintinueve de marzo dos mil diecisiete Bogotá D.C., veintiocho de junio de dos mil diecisiete) (Negritas subrayas e itálicas fuera del original).**

Aunque la **CLINICA JUAN N CORPAS** no es parte del grupo empresarial de **COMPENSAR**, si fue elegida por esta para la prestación de los servicios de salud de sus afiliados y beneficiarios. Eso hace que COMPENSAR deba responder, y que no sea aceptable que se escude en que se limitó a contratar a la IPS para prestar el servicio. Es claro que, en la ley, la jurisprudencia y la doctrina, NO es de recibo que se esconda tras el alegato su propia ineptitud y el incumplimiento de sus deberes o que la responsabilidad se limita a terceros, que dependían de ella misma. Por estas razones la excepción **NO** debe ser acogida.

FRENTE A LA EXCEPCIÓN TITLADA: INEXISTENCIA DE UN DAÑO INDEMNIZABLE AL TRATARSE DE LA MATERIALIZACIÓN DE UN RIESGO ASUMIDO POR LA PACIENTE

Carece de fundamento la excepción propuesta toda vez que como lo ha venido expresando mi mandante desde que se encontraba en observación luego de las

distintas intervenciones quirúrgicas que se le practicaron, ella SÍ firmó un consentimiento sin embargo en este se le informaba todo lo referente a la cirugía que en su momento había sido ordenada por el Dr. Luis Guillermo Valbuena, a decir, la cesárea.

Se evidencia en el documento en el cual la demandada fundamenta su excepción, las siguientes características:

1. En la parte superior hay dos cuadros que están anteceditos por dos textos: el primero dice “Consentimiento para intervención quirúrgica” y el segundo “Consentimiento para procedimiento especial”. Cada cuadro tiene una equis, pero las dos no parecen coincidir en el autor ni la intensidad con la que se escribió.
2. Posteriormente aparece el Nombre de la paciente “Leidy Carolina Giraldo González”. En la parte derecha esta la fecha de elaboración, en el que esta tachado o sobrepuesta una cifra en la casilla del día, siendo cero dos el mes y diecinueve en el año.
3. Posteriormente aparece la palabra cesárea un signo más y la palabra pomey; aquí salta a la vista que no coinciden los tipos de letras del escrito: ni con los del nombre de la paciente ni los demás de ese formato.

Ahora bien, no solo la señora LEIDY CAROLINA GIRALDO GONZÁLEZ niega el hecho que al momento de colocar su firma en el texto estuviera la palabra POMEROY, el cual habría sido puesto de forma posterior y por otra persona, sino que también el Dr. Luis Guillermo Valbuena, cuya firma aparece al final del documento, asegura no haber ordenado en ningún momento procedimiento distinto a la cesárea, ello mismo puede observarse en la historia clínica, en la cual no obra ninguna mención de que se le ordenara la cirugía del pomey, y mucho menos que mi mandante previo a la cirugía hubiese expresado paridad satisfecha, por lo que es claro que en algún momento por parte de alguno de los funcionarios de la clínica se incurrió en error que desencadenó en la práctica de una intervención no autorizada que luego pretendió cubrirse con un falso consentimiento que a todas luces mi mandante no autorizó ya que ni siquiera se le había ordenado.

Igualmente, frente a la anterior excepción, me ratifico en los documentos denominados “TACHA DE FALSA” radicados en respuesta a las excepciones propuestas por la demandada COMPENSAR EPS y el Dr. LUIS GULLERMO VALBUENA.

Por lo anteriormente expresado la excepción es improcedente.

FRENTE A LA EXCEPCIÓN TITULADA: INEXISTENCIA DE FALLA MÉDICA Y DE RESPONSABILIDAD, DEBIDO A LA PRESTACIÓN INFORMADA, DILIGENTE, OPORTUNA, ADECUADA, CUIDADOSA Y CARENTE DE CULPA REALIZADO POR PARTE DE LA CLÍNICA JUAN N CORPAS

Se equivoca la apoderada del llamado en garantía al afirmar que no existió conducta culposa en la atención brindada a la señora Leidy Carolina, pues si bien es cierto que frente a la cesárea y la apendicectomía no hay reproche alguno, es claro que la práctica de una cirugía totalmente innecesaria y además no consentida por la paciente se configura como una falla en el servicio de salud pues mi mandante nunca expresó paridad satisfecha ya que nada tiene que ver con su deseo de procrear a futuro con la presencia de un hijo recién nacido en condiciones totalmente satisfactorias, como lo menciona la apoderada, tampoco se le ordenó la cirugía que luego se le practicó, o si bien medio orden alguna, esta nunca fue puesta en conocimiento de la señora Leidy Carolina.

Ahora bien, se evidencia mala fe por parte de los funcionarios de la Clínica pues en el orden en que hayan ocurrido los sucesos que llevaron a la práctica arbitraria de tal procedimiento, es clara la forma en que trató de encubrirse el mal proceder al alterar un documento tan importante como lo es el consentimiento informado pretendiendo hacer creer que la señora Leidy Carolina fue quien lo autorizó.

Por lo anteriormente expuesto no está llamada a prosperar la excepción.

~~FRENTE A LA EXCEPCIÓN TITULADA: D. INEXISTENCIA DE DAÑO – EL DAÑO ALEGADO POR LOS DEMANDANTES ES HIPOTÉTICO E INCIERTO~~

~~De acuerdo con estudios realizados por la Clínica Universidad de Navarra, la técnica de microcirugía empleada para revertir la ligadura de trompas ofrece una tasa media del 55% de éxito de embarazos superando el 70% en mujeres menores de 35 años, sin embargo el éxito de la intervención depende de varios factores como la edad, pues por encima de los 40 años, los porcentajes de éxito de concebir un hijo son mucho menores mientras que en mujeres menores de 35 años, las tasas de embarazos conseguidas van del 70% al 85%, todo ello tomando también en cuenta la forma como se realizó la ligadura de trompas ya que si se ha extirpado la trompa o la parte distal de la misma no se puede realizar la intervención, así mismo se debe haber preservado una cierta longitud de las trompas de al menos, 4 cms, de lo contrario pierden funcionalidad.~~

~~Ahora bien, no se trata solamente de que la señora LEIDY CAROLINA tome la decisión de revertir la cirugía, en el transcurso de ello pueden presentarse muchas situaciones que le impidan volver a concebir, ya sean de carácter fisiológico o económico, así mismo, con la simplicidad que la apoderada de COMPENSAR EPS afirma que se trata de un daño incierto, puede el suscrito afirmar que el éxito de los procedimientos que se lleven a cabo para revertir tal cirugía también son de carácter incierto, por lo que nada le asegura a mi mandante que luego de someterse a numerosos trámites e intervenciones para concebir nuevamente, vaya a lograrlo con la misma facilidad que si no se le hubiese practicado de forma arbitraria la cirugía~~

~~del POMEROY, por lo que es claro que desde el momento de dicha intervención hasta la actualidad e incluso si llegare a optar por someterse al tratamiento para revertir el procedimiento, se le están generando perjuicios de tipo moral, psicológico e incluso económico, no solo a ella sino a su familia pues claramente un tratamiento para concebir luego de tal cirugía, ya sea la recanalización tubárica, o la fertilización invitro tiene costos que mis mandantes no están en condición de asumir y estos habrían podido evitarse si los aquí demandados hubieran obrado correctamente en relación con el método anticonceptivo que se le practicó sin su consentimiento, cabe aclarar que en ningún momento se ha puesto en duda el proceder de los galenos respecto a la cesárea o a la apendicectomía.~~

~~Por lo anterior, la excepción es improcedente.~~

FRENTE A LA EXCEPCIÓN TITULADA LOS PERJUICIOS MORALES SOLICITADOS DESCONOCEN LOS LÍMITES JURISPRUDENCIALES ESTABLECIDOS POR EL MÁXIMO ÓRGANO DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA ESPECIALIDAD CIVIL TASACIÓN EXORBITANTE DEL DAÑO A LA VIDA EN RELACIÓN A FAVOR DE LEIDY CAROLINA GIRALDO

Resulta interesante como la litigante cree que se desconocen los lineamientos jurisprudenciales en el caso concreto. Alega que no se tienen los lineamientos jurisprudenciales de la jurisdicción ordinaria. Es claro que en Colombia la jurisprudencia es un criterio auxiliar en la decisión judicial. Ahora bien, en materia de lo Contencioso administrativo las sentencias de unificación deben ser tomadas como fuentes directas como lo establece el artículo 10 del CPACA y en materia procesal civil la jurisprudencia también es fuente directa como lo determina el artículo 7 del Código General del Proceso.

La apoderada de la demandante insiste en hacer una lectura parcial del sistema legal, en lugar de una interpretación sistemática, holística.

Es claro que la vulneración sufrida tanto por la señora **LEIDY CAROLINA GIRALDO GONZÁLEZ** como por los demás afectados se derivan de unos daños a la salud de ella y a la posibilidad de tener hijos como consecuencia de un procedimiento conocido como **POMEROY** el cual no fue autorizado- como se demostrará en el transcurso de lo que sigue en este proceso- y además la vulneración a derechos fundamentales como la vida en condiciones de dignidad, la salud, la familia, el debido proceso, la igualdad, entre otros.

Así todo ello en su conjunto constituye además de un **DAÑO** a la salud, también es una **AFECTACIÓN O VULNERACIÓN RELEVANTE DE BIENES O DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS**, y por lo tanto la jurisprudencia a tener en cuenta NO es de forma exclusiva la de la Corte Suprema de Justicia, sino aquella en que se haya desarrollado de forma más clara la forma de indemnizar a las víctimas, y por ello deben aplicarse los criterios aceptados por el **CONSEJO DE ESTADO**.

El Consejo de Estado en el **“Documento ordenado mediante Acta No. 23 del 25/sep/2013 con el fin de recopilar la línea jurisprudencial y establecer criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales. Olga Mérida Valle de De la Hoz Presidenta de la sección Carlos Alberto Zambrano Barrera Vicepresidente de la Sección Magistrados Jaime Orlando Santofimio Gamboa Enrique Gil Botero Ramiro Pazos Guerrero Stella Conto Díaz del Castillo Hernán Andrade Rincón Danilo Rojas Betancourth”**, establece criterios de indemnización, los cuales me permito citar **IN EXTENSO**, para demostrar de donde vienen las solicitudes hechas a su señoría:

“3. DAÑO INMATERIAL POR AFECTACIÓN RELEVANTE A BIENES O

DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS

Se reconocerá, aún de oficio, la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados. Procederá siempre y cuando, se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral. Se privilegia la compensación a través de medidas reparatorias no indemnizatorias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero(a) permanente o estable y los parientes hasta el 1° de consanguinidad, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos. Debe entenderse comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas “de crianza”.

Las medidas de reparación integral operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de reconocer la dignidad de las víctimas, reprobando las violaciones a los derechos humanos y concretar la garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional. Para el efecto el juez, de manera oficiosa o a solicitud de parte, decretará las medidas que considere necesarias o coherentes con la magnitud de los hechos probados (Artículo 8.1 y 63.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos).

REPARACIÓN NO PECUNIARIA		
AFECTACIÓN O VULNERACIÓN RELEVANTE DE BIENES O DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS		
Criterio	Tipo de Medida	Modulación
En caso de violaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados	Medidas de reparación integral no pecuniarias	De acuerdo con los hechos probados, la oportunidad y pertinencia de los mismos, se ordenarán medidas reparatorias no pecuniarias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano.

En casos excepcionales, cuando las medidas de satisfacción no sean suficientes o posibles para consolidar la reparación integral podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria de hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la

indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y la naturaleza del bien o derecho afectado.

INDEMNIZACIÓN EXCEPCIONAL EXCLUSIVA PARA LA VÍCTIMA DIRECTA		
Criterio	Cuantía	Modulación de la cuantía
En caso de violaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, cuya reparación integral, a consideración del juez, no sea suficiente, pertinente, oportuna o posible con medidas de reparación no pecunarias satisfactorias.	Hasta 100 SMLLV	indemnizará hasta el monto señalado en este ítem, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y la naturaleza del bien o derecho afectado.

4. CONCEPTO Y REPARACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD.

En los casos de reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en la sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, y se complementan los términos de acuerdo con la evolución jurisprudencial de la Sección Tercera.

La indemnización, en los términos del fallo referido está sujeta a lo probado en el proceso, única y exclusivamente para la víctima directa, en cuantía que no podrá exceder de 100 S.M.L.M.V, de acuerdo con la gravedad de la lesión, debidamente motivada y razonada, conforme a la siguiente tabla:

REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD REGLA GENERAL	
Gravedad de la lesión	Víctima directa
	S.M.L.M.V.
Igual o superior al 50%	100
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10

Bajo este propósito, el juez debe determinar el porcentaje de la gravedad o levedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del proceso, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano.

Para lo anterior el juez deberá considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima. Para estos efectos, de acuerdo con el caso, se considerarán las siguientes variables:

- La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente)
- La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.
- La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.
- La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.
- La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.
- Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.
- Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.
- Los factores sociales, culturales u ocupacionales.
- La edad.
- El sexo.
- Las que tengan relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima.
- Las demás que se acrediten dentro del proceso.

En casos excepcionales, esto es, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño a la salud, podrá otorgarse una indemnización mayor a la señalada en la tabla anterior, sin que en tales casos el monto total de la indemnización por este concepto pueda superar la cuantía equivalente a 400 S.M.L.M.V. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño, con aplicación de las mismas variables referidas. En conclusión, la liquidación del daño a la salud se efectuará conforme a la siguiente tabla:

REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD	
CONCEPTO	CUANTÍA MÁXIMA
REGLA GENERAL	100 S.M.L.M.V.
REGLA DE EXCEPCIÓN	400 S.M.L.M.V.

Con relación a los parámetros anteriores, se aclara que ellos son excluyentes y no acumulativos, de manera que la indemnización reconocida no podrá superar el límite de 400 S.M.L.M.V.”.

Además, la apoderada de **COMPENSAR** olvida que en materia de indemnización de perjuicios morales el criterio es el del Juez: **ARBITRIO IURIS**, y no es a la abogada de una de las demandadas a la que le corresponde decidir su límite. El suscrito apoderado, insisto, entiende que lo que corresponde es hacer una interpretación **SISTEMÁTICA** del sistema de fuentes, daños y perjuicios en Colombia, y por lo tanto no puede limitarse a una sola fuente jurisprudencial para la determinación de los montos de indemnización de perjuicios, máxime cuando se han vulnerado derechos fundamentales. Y ello porque lo que corresponde es lograr la **INDEMNIZACIÓN INTEGRAL** de los daños sufridos tanto por la señora **LEIDY CAROLINA GIRALDO GONZÁLEZ**, así como todos mis mandantes. La Corte Constitucional ha dejado clara la importancia de la indemnización integral en situaciones de daños derivados del delito en particular, y en general en casos de responsabilidad civil:

“3.2.4. La reparación integral como género y la indemnización pecuniaria como especie.

45. En ejercicio del poder de configuración legislativa analizado en el acápite anterior, el Legislador ha establecido como elementos que integran el concepto de reparación integral, no sólo la indemnización pecuniaria fruto de la responsabilidad civil reconocida como consecuencia del daño causado por el delito, reparación en sentido lato, sino cualesquiera otras expresiones que contengan la verdad y la justicia, así como las actuaciones que de modo razonable reclame la víctima del sujeto penalmente responsable, en cuanto forma de cubrir el perjuicio moral y material que ha sufrido. En este sentido recuerda la Corte que la noción de reparación civil es independiente al proceso en el cual se obtenga (art. 16 de la Ley 446 de 1998), razón por la cual los criterios que se apliquen deben ser homogéneos.

De modo que sigue siendo importante la reparación pecuniaria, equivalente al pago de una suma de dinero, como forma usual, visible, eficiente de reparar una parte del daño^[37] y con la cual se hace efectivo, desde este punto de vista, el principio enunciado de la responsabilidad, que compensa con dinero, con pan, el padecimiento sufrido. Y si bien la indemnización pecuniaria de daños es sólo uno de los elementos de la reparación a la víctima y si bien el restablecimiento de sus derechos supone mucho más que tal compensación económica, en todo caso ella debe seguir siendo seriamente protegida, pues la posición jurídica de derecho que genera a percibir una suma de dinero es un derecho patrimonial iusfundamental (art. 250, num 6º, arts 1º y 2º, 229 CP), resultado de que la víctima, conforme a la configuración legislativa adoptada (art. 103 CPP), la ha elegido como medio para mitigar la aflicción ilegítima que ha debido soportar con el delito. Cabe recordar por demás en este momento, la naturaleza patrimonial del contrato de seguro (art. 1045 C.Co).

3.2.5. Función social y el principio de buena fe en el contrato de seguro de responsabilidad civil.

47. En la actualidad, los contratos entre particulares están regidos por principios que si bien no desconocen sus fundamentos en la autonomía privada y en la intención de satisfacer los intereses de las partes, trascienden

a ellos y se perciben también como instrumentos destinados a cumplir una función social.

Esta última, tiene su origen en la función social de la propiedad, una noción que concebida por la doctrina social demócrata europea de la primera mitad del siglo XX, fue recogida en Colombia desde la Reforma constitucional de 1936 y retomada en la Carta de 1991 (art. 58) como elemento intrínseco a la propiedad, que anula su pretendido carácter inviolable y sagrado^[38], subordina en algunas hipótesis el interés particular al general y garantiza que sirva al propósito común de producir y generar riqueza, en beneficio tanto de su titular como de la colectividad^[39].

Derivado de lo anterior, las libertades económicas que son ejercidas para el tráfico de bienes y servicios, esto es, de los derechos e intereses destinados a consolidar posiciones jurídicas de propiedad^[40], incorporan dentro de su estructura la función social (art. 333 CP), como regulación de unos efectos que siempre están llamadas a producir: impacto externo, impacto sobre terceros, externalidades. Tal es su vocación, su intención, su espacio, por ser *facultas agendi* y por operar en el mercado.

En lo que hace a la empresa y dentro de ella, a la libertad de contratación con fines lucrativos, la Ley está por consiguiente llamada a delimitar jurídicamente estas libertades y por tanto sus efectos, con la intervención sobre todo el ciclo de la actividad económica productiva (art. 334 CP), por razones de interés social, ambiental, del patrimonio cultural (art. 333 CP infine), entre otros. Protege adicionalmente el correcto ejercicio de la libre iniciativa y actividad económica, así como los derechos adquiridos con justo título, al mismo tiempo que sanciona el abuso, la irresponsabilidad, el incumplimiento de las obligaciones y deberes constitucionales y legales de quien ejerce tales derechos de libertad (arts. 58 y 333 CP).

48. Por ello se habla desde el Derecho privado, del “principio contemporáneo de la trascendencia contractual (patrimonial, social y moral), en paralelo con el principio tradicional de la relatividad contractual”. Un principio que tiende a prevalecer, pues no cabe duda que los contratos no solo traen beneficios o perjuicios a las partes, sino que cada vez es más claro que su incidencia tiene efectos sobre terceros, sus derechos e intereses.

Esta dimensión social de los contratos, determina que tanto en su celebración como en su ejecución, la procura de los beneficios económicos deba en todo caso ser compatible con los beneficios sociales esperados, en términos de creación de empleo, de satisfacción de necesidades humanas, mejora de las condiciones de vida, protección de los recursos naturales^[41]. Todo lo anterior impone de los contratantes “comportamientos honestos y leales”, o una suerte de ética contractual colectiva en beneficio de todos, que permita lograr la satisfacción de los propósitos que animaron la suscripción del contrato para las partes, así como el respeto de los derechos ajenos (art. 95, 1 CP), el cumplimiento de la función social (art. 58 y 333 CP) y la realización de un orden económico justo (Preámbulo)^[42]. (Corte Constitucional. Sentencia C-409 de 2009. M.P. Juan Carlos Henao Pérez). (Negritas subrayas e itálicas fuera del original).

Así, la propia Corte Constitucional determina que esa indemnización integral es **IUSFUNDAMENTAL**. Siendo así, debe repararse de la forma más completa posible los daños sufridos por los demandantes, y por eso debe aplicarse la jurisprudencia y criterios estimados que mejor logren esa reparación para las víctimas de daños.

Además, quiero recordar que el Código General del Proceso establece en su artículo 206 el juramento estimatorio dentro del libro segundo – Actos procesales- en la sección tercera- régimen probatorio- con el fin de que el demandante estime razonadamente los daños, siendo sancionado en los casos en que la pretensión sea excesiva. Pero en inciso sexto de dicha norma excluye a los daños extrapatrimoniales de dicha regla.

Por todas estas razones debe ser desestimada esta pretensión.

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA DEL SEÑOR JAVIER TINOCO – NO SE PRUEBA LA RELACIÓN “PADRE-HIJO DE CRIANZA”

Manifiesta el apoderado de la convocada en garantía que

“Del análisis jurisprudencial señalado y su contraste con el caso que nos ocupa, se extrae que el señor Tinoco no se encuentra legitimado en la causa por activa para actuar en el presente proceso, toda vez que no acreditó la relación por la cual comparece a este proceso con pretensión indemnizatoria, puesto que alega que es el **padre de crianza** Leidy Carolina Giraldo, sin embargo, no obra en el expediente ninguna prueba o elemento de juicio suficiente para probar tal circunstancia”.

Es claro que quien conoce plenamente la condición de hijo de crianza es la señora **LEIDY CAROLINA GIRALDO**, y además no ha sido desvirtuada dicha afirmación por la demandada ni por la convocada en garantía. Ahora bien, para despejar cualquier duda y dentro del acápite de pruebas se solicitará la práctica tanto de declaración de parte como de testimonios y el decreto de inspecciones para despejar cualquier duda sobre la condición de padre de crianza del señor **JAVIER ALEJANDRO TINOCO CAJAMARCA**.

FRENTE A LA EXCEPCIÓN POR IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DEL DAÑO A LA SALUD Y FRENTE A LA EXCEPCIÓN POR IMPROCEDENCIA DE RECONOCIMIENTO DEL DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN PARA ERICK MARULANDA, JACOBO MARULANDA, MARCELINA GONZÁLEZ, JAVIER TINOCO.

Frente a ambas excepciones el fundamento es una discusión doctrinal y jurisprudencial sobre la aplicabilidad de las categorías de daños a los distintos demandantes. La interpretación de la llamada en garantía es claramente contraria a la de los demandantes y su apoderado, y será del resultado del debate probatorio y del cierre del proceso de donde su señoría tendrá los elementos de juicio necesarios para tomar una decisión de fondo al respecto. En estas excepciones no

se tocan aspectos probatorios del caso, sino se discute puramente aspectos doctrinales.

FRENTE A LA EXCEPCIÓN IMPROCEDENTE SOLICITUD DE PERDIDA DE OPORTUNIDAD:

Se funda la excepción en el hecho que supuestamente la señora **LEIDY CAROLINA GIRALDO GONZÁLEZ**, habría aceptado el procedimiento realizado y por ende sus consecuencias. Es claro a lo largo de la demanda y las solicitudes de pruebas como frente a las excepciones propuestas por esta y otras personas presentes en el proceso, que **NO** se acepta en ningún momento la validez del **CONSENTIMIENTO INFORMADO** y que, por el contrario, se ha tachado el documento en que el mismo este contenido.

Por lo anterior, solicito al señor Juez que deniegue todas y cada una de las excepciones propuestas por el llamado en garantía **EQUIDAD SEGUROS** y en consecuencia de hagan las declaraciones y condenas solicitadas en el escrito de la demanda. Además, hace una serie de citas sobre el origen de la **PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD** en la jurisprudencia Colombia, las cuales no desvirtúan en ningún momento la aplicación de dicha categoría al caso concreto, pues es claro que la señora **LEIDY CAROLINA GIRALDO GONZÁLEZ**, perdió la oportunidad de tener más hijos como consecuencia del actuar de los demandados en el proceso. No es dable desechar la indemnización por esa pérdida de oportunidad por las razones expuestas en la excepción: todas las citas- tanto de autores nacionales como extranjeros- llevan al punto concreto: la señora **LEIDY CAROLINA GIRALDO GONZÁLEZ** perdió la posibilidad de tener hijos, y con ello no solamente se ha visto afectada ella misma, sino los demás demandantes.

PRUEBAS

Documentales:

- Se tengan como pruebas las imágenes que aportó la apoderada del llamado en garantía, y sobre las cuales se produce el escrito de tacha de falsedad aludido en el presente escrito.
- Se tenga como prueba la historia clínica digital enviada por la clínica Juan N Corpas (especialmente folios 51 y 61 – páginas 53 y 58) frente a los hechos 5, 6 y 7 de la demanda) en respuesta al derecho de petición elevado en Julio de 2019, y la cual aporte junto con el mensaje de datos mediante el cual fue remitida al correo del suscrito.

Inspección Judicial

1. Solicito se decrete la inspección de la que trata el artículo 246, 270 y 273 del C.G.P. para hacer los cotejos que allí se regulan entre el documento anexado a la solicitud de nulidad, que es una copia, con el original que su señoría debe ordenar que se entregue por parte **la CLINICA JUAN N CORPAS LTDA Y/O LA EPS COMPENSAR**, ambas partes demandadas en este proceso, al despacho el original con cadena de custodia, para que su señoría ordene a la entidad correspondiente los cotejos y pruebas que se requieran dentro del incidente de tacha de falsedad, para poder resolver la misma de fondo.
2. Igualmente, que se decrete la inspección judicial a los archivos que en el sistema de salud de la Fuerza Área Colombiana existen del señor **JAVIER ALEJANDRO TINOCO CAJAMARCA** con el fin de demostrar que la señora **LEIDY CAROLINA GIRALDO GONZÁLEZ** en su calidad de hija de crianza fue su beneficiaria en salud.

Interrogatorio de parte:

Se solicita que su señoría decrete el interrogatorio de parte que realizaré a los señores representantes de personas jurídicas demandadas, a saber: i) CLINICA JUAN N. CORPAS LTDA. ii) COMPENSAR E.P.S., así como a las personas naturales demandadas MELBIN OSWALDO RAMOS MORALES y LUIS GUILLERMO VALBUENA GARCÍA.

Dichos interrogatorios lo realizaré en la fecha y hora que su señoría determine, y lo haré en forma personal o en sobre sellado.

Declaración de parte:

- De acuerdo con lo establecido en el numeral primero del artículo 198 del Código General del Proceso se cite a declarar a la señora **LEIDY CAROLINA GIRALDO GONZÁLEZ**, quien es demandante en este proceso y a quien se le realizó el procedimiento que dio origen a esta acción judicial.
- Igualmente solicito que se cite a los señores **ERICK JOAN MARULANDA MEJÍA, JAVIER ALEJANDRO TINOCO CAJAMARCA y MERCELENA GONZÁLEZ MARTÍNEZ** compañero de la señora **GIRALDO GONZALEZ**. Estas declaraciones buscan demostrar dos puntos: i) Que el señor Tinoco es padre de crianza de la señora **LEIDY CAROLINA GIRALDO GONZÁLEZ** y la señora **MERCELENA GONZÁLEZ** es su señora madre; y ii) Las circunstancias en las que se produjo el procedimiento y especialmente los fines de este, así como los límites del consentimiento; pues ellos estaban en la clínica la noche de los hechos y pueden declarar sobre

Testimonio:

Por ser pertinentes, conducentes y útiles solicito a su señoría que se decrete la práctica de la Declaración de terceros- testimonio- de:

1. **Dra. ANDREA SALDAÑA ESTUPIÑAN** quien de acuerdo con la historia clínica digital fue a quien la señora Leidy Carolina González le firmó el consentimiento informado para el tratamiento anticonceptivo Jadelle, mismo que no fue devuelto.
2. **Auxiliar de enfermería VALERIA AMAYA VILLAMIL** a quien el día 09 de febrero de 2019 en ronda de enfermería la señora Leidy Carolina le solicitó devolución del consentimiento informado expresándole que sin su autorización le habían realizado la cirugía de Pomeroy.
3. Auxiliares de enfermería, instrumentistas, enfermeros y demás personal que estuvo presente en la sala de cirugía y que diligenció formatos previos a ello, en la noche del 08 de febrero de 2019

Para establecer el nombre, documento de identidad y datos de contacto de estas se ordene una **INSPECCIÓN JUDICIAL** a los archivos de la Clínica Juan N Corpas LTDA.

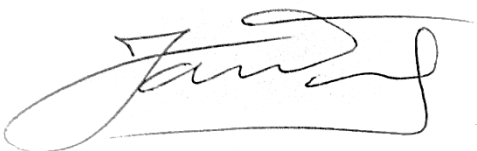
4. Solicito además se cite a la médico especialista en Ginecología y Obstetricia Dra. **NIYIRETH VANOY ROCHA** quien emitió el dictamen pericial aportado por la demandada **COMPENSAR EPS** a fin de realizarle algunas preguntas respecto a su dictamen.
5. A los señores **MAY MARINO OTERO** y la señora **MARCELA ALDANA** quienes conocen hace muchos años tanto a la señora **LEIDY CAROLINA GIRALDO GONZÁLEZ** como a los señores **JAVIER ALEJANDRO TINOCO CAJAMARCA** y **MERCELENA GONZÁLEZ MARTÍNEZ**, y rendirán testimonio sobre la condición de hija de crianza de la señora **GIRALDO GONZALEZ** frente al señor **TINOCO CAJAMARCA**

Dictamen Pericial:

- Se ordene la práctica de pericias **GRAFOLÓGICAS**, con el fin de determinar si la letra de las palabras **POMEROY, CESAREA Y APENDICITIS**, en los documentos citados en este escrito corresponden al mismo autor y una pericia **GRAFOTÉCNICA** que permita concluir si esas palabras fueron hechas con el mismo esfero y si la tinta fue colocada al tiempo o con posterioridad unas de otras, con el fin de determinar si hay falsedad de algún tipo en los documentos señalados.
- Así mismo solicito se ordene la práctica de dictamen pericial por médico psiquiatra a los demandantes a fin de determinar el daño moral ocasionado por los hechos narrados en la demanda.

Se solicita de la manera más respetuosa que su señoría de aplicación al artículo 234 del Código General del Proceso y en consecuencia ordene al **INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENCES** o a la **POLICÍA NACIONAL**, según corresponda, realicen la pericia toda vez que mis mandantes no cuentan con recursos económicos para correr con dichos gastos.

Respetuosamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Javier', with a stylized flourish at the end.

JAVIER FRANCISCO FRANCO MONGUA
C.C. 80'007.648, expedida en Bogotá
T. P. No. 124.216 del Consejo Superior de la Judicatura