

Doctora

CARMEN YANETH ZAMBRANO HINESTROZA

JUEZ CUARTA ADMINISTRATIVA DEL CIRCUITO DE POPAYAN

E. S. D.

REF. Radicado: 19001333300420220013300

Demandantes: ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO Y OTROS.

Demandados: NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y OTROS.

Medio de control: Reparación Directa

LUIS GUILLERMO SERRANO ESCOBAR, en mi calidad de apoderado judicial de la parte demandante dentro del proceso de la referencia, con todo respeto y dentro de la oportunidad procesal, me permito referirme a la contestación y excepciones presentadas por la llamada en garantía **EQUIDAD SEGUROS GENERALES ORGANISMO COOPERATIVO**, quien ha sido llamada a este proceso por EPS SANITAS S.A.S, en los siguientes términos:

I. FRENTE A LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA ASEGURADORA EQUIDAD SEGUROS GENERALES ORGANISMO COOPERATIVO:

La aseguradora **EQUIDAD SEGUROS GENERALES ORGANISMO COOPERATIVO**, por medio de apoderado judicial, se opuso a todas las pretensiones de la demanda alegando que no se acredita ningún elemento para que proceda la responsabilidad estatal, pues a su criterio la llamante EPS SANITAS S.A.S cumplió a cabalidad *“con sus funciones de empresa promotora de salud al autorizar y cubrir todos y cada uno de los servicios requeridos por la paciente”*.

Así mismo, alega que no existe ninguna prueba que dé cuenta del nexo de causalidad *“entre la conducta de la demandada y el daño que se reclama”*, por lo que considera que como ello no se logra acreditar, entonces, no hay lugar a ordenar el pago de ninguna indemnización.

Ahora, frente a los hechos de la demanda se indica que no le consta ninguno porque todo lo alegado son *“circunstancias totalmente ajenas y desconocidas”* para la aseguradora llamada en garantía, quien no tiene ninguna relación con los hechos expuestos.

Alega para algunos hechos que se hizo una transcripción parcial de la historia clínica y que la parte demandante efectuó manifestaciones subjetivas que no tienen ningún soporte técnico o científico.

Luego de referirse tanto a los hechos de la demanda como a las pretensiones, se alegan las siguientes excepciones con miras a enervar lo pretendido en este proceso:

1. **“INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LA E.P.S. SANITAS S.A.S., POR AUSENCIA DE FALLA EN EL SERVICIO MÉDICO.”**: señala que con sustento en las pruebas obrantes en el expediente no se logra acreditar la *“culpa de las instituciones demandadas”*, lo que a su criterio conlleva a que se afirme que no existe ninguna *“falla en el servicio médico suministrado”*.

Señala que se requiere en esta clase de asuntos de responsabilidad médica de probar *“la existencia de un acto médico producido con culpa y la presencia de un daño que tenga un nexo causal con dicho acto médico”*.

Por otra parte, alega que las obligaciones de los médicos son de medios y que para exonerarse de responsabilidad se requiere de demostrar la *“debida diligencia en los servicios de salud suministrados”*.

Advierte, sin ninguna prueba que así lo acredite, que la CLÍNICA LA ESTANCIA realizó un actuar médico diligente a la demandante, brindándole a la paciente lo que requería, señalando que su atención fue ajustada a la *lex artis* y que la historia clínica de la joven VICTORINO VELASCO da cuenta de la “*pericia de los profesionales de la salud*”.

Así mismo, que su llamante la EPS SANITAS autorizó todos los procedimientos que requirió la paciente, sin que dicha entidad hubiese participado en los diagnósticos y tratamientos médicos, comoquiera que su obligación se limita solo a garantizar de forma oportuna la prestación del servicio de salud.

2. **“EL TRATAMIENTO SUMINISTRADO A LA SEÑORA ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO, FUE ADECUADO, DILIGENTE, CUIDADOSO, CARENTE DE CULPA Y CON SUJECCIÓN A LOS PROTOCOLOS”**: esta excepción se fundamenta alegando que la paciente desde que llegó a la CLÍNICA LA ESTANCIA se la atendió oportunamente y se le practicó lo que ella requería sin que la EPS demandada impusiera algún obstáculo.

Señala que el daño que se endilga a las entidades demandadas no es posible atribuirlo a la EPS SANITAS, por cuanto no fue quien lo produjo, y, que si bien recibió atención médica por la CLÍNICA LA ESTANCIA, que es una IPS afiliada, todo lo realizado por esta se atemperó a los protocolos médicos y todo lo que ella requería en aras de restablecer su salud.

3. **“LA OBLIGACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO ES DE MEDIO Y NO DE RESULTADO”**: esta excepción se sustenta argumentándose que los médicos contraen obligaciones de medios y no de resultados, sin que el fracaso del tratamiento o la falta de éxito genere algún tipo de incumplimiento.

Luego de citar jurisprudencia al respecto de la Corte Suprema de Justicia, se consignó que la atención médica que le fue suministrada a la paciente no tuvo ningún límite en los recursos técnicos y humanos que disponía la clínica, sino que por el contrario se puso a disposición de la paciente todo lo que ella necesitaba.

4. **“EXCEPCIONES PLANTEADAS POR QUIEN FORMULÓ EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA A MI PROCURADA”**: esta excepción se sustenta coadyuvando todas las excepciones propuestas por EPS SANITAS que le sean favorables a la llamada en garantía.
5. **“LOS PERJUICIOS MORALES DEPRECADOS POR EL EXTREMO ACTOR, DESCONOCEN LOS BAREMOS JURISPRUDENCIALES ESTABLECIDOS POR EL MÁXIMO ÓRGANO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.”**: se fundamenta alegando que lo pedido es exorbitante al considerarse -sin ninguna prueba- que la lesión que se produjo a la paciente “*se enmarca como máximo entre el 1% y el 10%*” y como no se pidió lo que era, solicita que se desestime el perjuicio moral por tal situación.
6. **“OPOSICIÓN FRENTE AL DAÑO A LA SALUD”**: señala que no se aportó ninguna prueba que demuestre este perjuicio y destaca que solo puede ser reconocido a la víctima directa, tal y como lo ha consagrado la jurisprudencia.
7. **“GENÉRICA O INNOMINADA”**: se solicita que se declare cualquier otra excepción que se llegue a probar en el desarrollo del proceso en virtud de lo consagrado en el artículo 282 del Código General del Proceso.

II. OPOSICIÓN A LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA LLAMADA EN GARANTÍA EQUIDAD SEGUROS GENERALES ORGANISMO COOPERATIVO:

Con relación a estas excepciones que fueron planteadas por la aseguradora EQUIDAD SEGUROS GENERALES ORGANISMO COOPERATIVO, llamada en garantía por la EPS SANITAS, me permito manifestar que **ME OPONGO** a estas o cualquier otra que implique exonerar a esta entidad de la responsabilidad que le asiste, comoquiera que está demostrada fehacientemente la falla en la prestación del servicio médico en la que se incurrió y que provocó el daño estético que se demanda.

Lo primero, es que como se indicó en el escrito de la demanda, la ecografía practicada el día 05 de abril de 2019 en la entidad demanda arrojó como resultado que la paciente presentaba una “*HERNIA CRURAL IZQUIERDA REDUCTIBLE*”.

El día 21 de agosto de 2020, el doctor Guillermo Vallejo Vallecilla con base en esa ecografía y sin solicitar otros exámenes reitera que presenta una hernia crural o femoral, pero termina diagnosticando inexplicablemente una “*HERNIA INGUINAL UNILATERAL O NO ESPECIFICADA*” y ordenando una “*HERNIORRAFIA INGUINAL + COLOCACIÓN DE MALLA*”, que terminan siendo distintas y con un código diferente tal y como lo indica el doctor JACOBO EVARISTO PÉREZ en el acápite de “*ANÁLISIS DE LOS HECHOS*” del dictamen pericial que nos permitimos allegar:

*“Si bien es cierto que la hernia inguinal y crural o femoral son patologías que acontecen en áreas anatómicas vecinas, **no son lo mismo y se espera que el especialista tenga la máxima precisión diagnóstica al programar un procedimiento quirúrgico. Además, existe un código aparte para las hernias crurales o femorales**”.*

Es más, este perito destaca precisamente que existe una “incoherencia” entre lo interpretado con base en la ecografía y el diagnóstico final, pues a la pregunta número 3 donde se indaga sobre esta situación se contesta lo siguiente:

*“El especialista cirujano relaciona el diagnóstico ecográfico de hernia crural, sus hallazgos durante el examen físico son de hernia crural izquierda y la conclusión que consigna en los apartes “ANALISIS” y “PLAN Y MANEJO” ratifican la existencia de una “hernia femoral” (sinónimo de hernia crural) pero el diagnóstico final anotado es K409: HERNIA INGUINAL UNILATERAL O NO ESPECIFICADA SIN OBSTRUCCION NI GANGRENA. **Es evidente la incoherencia entre lo descrito en la primera parte de la historia clínica de la consulta externa preoperatoria y el diagnóstico final, teniendo en cuenta que existe un código en el manual de Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-10), específico para la hernia crural o femoral: K419, HERNIA FEMORAL UNILATERAL O NO ESPECIFICADA, SIN OBSTRUCCION NI GANGRENA.**”*

Aunado a lo anterior, el perito da claridad sobre que estos dos tipos de hernias son completamente distintos y que en aras de tener rigor en el ejercicio del acto médico se requiere determinar con precisión su ubicación:

“9. En la historia clínica se consigna indistintamente que el diagnóstico de la paciente era una hernia crural y después de dice que era una hernia inguinal. ¿Se trata de la misma hernia o son diferentes? ¿Qué indica en relación a la buena práctica médica el hecho de que no se precisara cuál tipo de hernia tenía la paciente?”

RESPUESTAS:

9.1.: Son dos tipos de hernias diferentes que se alojan en la misma área anatómica y que de hecho pueden coexistir. La hernia inguinal es la que se produce por una debilidad en el anillo inguinal profundo (hernia inguinal

indirecta) o en la pared posterior del trayecto o canal inguinal (hernia inguinal directa). La hernia crural, también llamada femoral, es la que se produce por la dilatación del anillo femoral y se ubica unos pocos milímetros por debajo de las hernias inguinales.

9.2.: El diagnóstico de una hernia debe ser lo más preciso posible y para ello se utiliza el examen físico y las imágenes diagnósticas. Si la clínica y las imágenes orientan hacia un determinado tipo de hernia, dicho diagnóstico debe mantenerse en forma consistente en todos los documentos del periodo preoperatorio, pues no son diagnósticos intercambiables. Si los hallazgos operatorios cambian, lo cual es factible por la proximidad anatómica de las regiones inguinal y crural, dichos hallazgos deben relacionarse claramente en la historia pues justifican el cambio del plan quirúrgico. Respecto de la buena práctica médica, la falta de precisión o el uso indiferente de diversos diagnósticos sin soporte clínico ni de imágenes diagnósticas, refleja ausencia de rigor en el ejercicio del acto médico y dicha carencia de rigor puede llevar a procedimientos quirúrgicos equivocados, afectando lo que hoy se conoce como seguridad del paciente.

Aspectos todos que respaldan lo dicho en el escrito de la demanda y que son relevantes porque en últimas se ordenó una intervención sin tener claridad sobre lo que efectivamente tenía la paciente y se incurrió en contradicciones tanto en la evaluación de la ecografía como en el diagnóstico final, lo que no era lo ideal ni se atempera al rigor que se exige en el ejercicio del acto médico conforme a lo dicho por el perito.

Ahora bien, como no se tenía claridad sobre la ubicación del saco herniario y no se ordenaron más exámenes diagnósticos que permitieran vislumbrar tales aspectos, el doctor Jorge Augusto Herrera, galeno distinto al médico tratante, decidió realizar una intervención diferente no solo a la que fue ordenada por el médico Vallejo Vallecilla, sino también a la que fue consentida por la paciente.

Estas afirmaciones se ven respaldadas por lo dicho por el propio perito en el dictamen pericial que se aporta, pues al contestar la pregunta número 6 en la que se le pone de presente la nota operatoria del 11 de septiembre de 2020 y se la contrasta con la valoración realizada el 21 de agosto de 2020 por el médico tratante, se afirma lo siguiente:

6.1.: El diagnóstico “OTROS DOLORES ABDOMINALES Y LOS NO ESPECIFICADOS” se utiliza cuando un paciente consulta por dolor en el abdomen y el médico no encuentra una causa específica del dolor. La “EXPLORACION INGUINAL VIA ABIERTA” es un procedimiento quirúrgico diagnóstico que consiste en una incisión transversa sobre la región inguinal a estudio, la disección del contenido del trayecto inguinal y la revisión del área crural, con el propósito de evaluar una anomalía palpable o identificada por estudios de imagen y cuyo origen preciso no se ha podido establecer por medios no invasivos.

6.2.: En la consulta efectuada el 21-08-2020 el Dr. Guillermo Vallejo Vallecilla anotó como diagnóstico el código K409 HERNIA INGUINAL UNILATERAL O NO ESPECIFICADA SIN OBSTRUCCION, y que no coincide con el diagnóstico preoperatorio descrito en la intervención: “OTROS DOLORES ABDOMINALES Y LOS NO ESPECIFICADOS”. En cuanto al procedimiento solicitado y programado, “HERNIORRAFIA INGUINAL + COLOCACION DE MALLA”, tampoco coincide con el realizado “EXPLORACION INGUINAL VIA ABIERTA”.

Esto es reafirmado en la respuesta siguiente en la que se le indaga sobre lo siguiente: **“7. ¿Conforme a la anterior respuesta significa que uno fue el diagnóstico y el procedimiento quirúrgico ordenado por el médico tratante doctor Guillermo Vallejo Vallecilla y otro el diagnóstico y el procedimiento**

quirúrgico realizado por el cirujano que practicó la cirugía doctor Jorge Augusto Herrera?”, ante lo cual se contesta:

“RESPUESTA: Así es, se hizo un diagnóstico preoperatorio y se solicitó un procedimiento que resultaron diferentes al diagnóstico preoperatorio y cirugía realizada, documentados en la nota operatoria del 11-09-2020.”.

Deficiencia que implicó como el médico mismo lo señala en una **CIRUGÍA INEFICAZ**, al no corregir el defecto herniario existente y que aquejaba a la paciente:

“12. ¿La “EXPLORACIÓN INGUINAL VIA ABIERTA” que le fue realizada a la paciente ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO corrigió la hernia que presentaba?

RESPUESTA: **No logró identificar la hernia que presentaba la paciente y por ello no fue corregida. En otras palabras, fue una cirugía ineficaz.**

Lo que es reiterado en otra respuesta en el que se le indaga que se expuso a la paciente a una incisión que se amplió y a riesgos anestésicos y quirúrgicos innecesarios:

“15. ¿Significa lo anterior que esta cirugía fue ineficaz, de tal manera que la incisión, el riesgo anestésico y el riesgo quirúrgico de esta cirugía no cumplió su propósito?

RESPUESTA: **Si, la cirugía fue ineficaz pues no cumplió su propósito de corregir el defecto herniario que presentaba la paciente y que efectivamente tenía.”**

Es más, en las conclusiones a las que llegó el perito luego de revisar la historia clínica de la paciente y de analizar la actuación realizada por el personal médico de la clínica demandada, permiten demostrar la falla en el servicio que se viene alegando y que se le endilga a la institución médica:

“CONCLUSIONES

Del análisis del caso de ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO se pueden sacar las siguientes conclusiones:

1.- El principal cuestionamiento a la intervención practicada el 11-09-2020 es que fue ineficaz: el cirujano no logró identificar el defecto herniario inguinal izquierdo directo.

(...) 4.- Debido a que fue sometida a una primera cirugía ineficaz, la paciente tuvo que asumir unos riesgos anestésicos y quirúrgicos en la segunda intervención, riesgos que se hubiera evitado si se hubiera identificado y corregido adecuadamente la hernia inguinal que padecía.

5.- Existe una imprecisión en la nota operatoria de la primera intervención relacionada con el diagnóstico preoperatorio y que no corresponde a la situación clínica de la paciente.”.

Por otra parte, el perito también cuestionó desde su experiencia la razón por la cual no se pudo corregir la hernia de la paciente en la primera cirugía que le fue realizada, contestando lo siguiente:

“14. ¿Conforme a su experiencia qué explica que el médico Jorge Augusto Herrera no haya encontrado la hernia inguinal que tenía la paciente y mucho menos la haya corregido?

RESPUESTA: La nota operatoria no permite deducir una explicación de dicho hallazgo, **pues no describe una anatomía anormal o inflamación aguda**

o crónica que hubieran podido dificultar el hallazgo de la hernia. Si se analiza desde el punto de vista de técnica quirúrgica, es posible que la disección haya sido insuficiente y que por ello tanto el defecto como el saco herniario no hubieran sido identificados en el momento de la exploración quirúrgica.

Y en el acápite de conclusiones se indica que “2.- **No hay una explicación satisfactoria sobre la dificultad en identificar el defecto herniario de la paciente en la primera cirugía.**”, lo que deriva en que se presentó una situación de impericia que impidió lograr corregir la hernia en la primera cirugía y tener que realizar una segunda cirugía, ya que conforme lo dice el perito con una intervención vía abierta como la que fue practicada en la primera cirugía se podía corregir una hernia crural o inguinal:

“21. ¿El resultado de esta segunda operación que le fue realizada a la paciente era el que se esperaba de la primera cirugía?”

RESPUESTA: *El plan quirúrgico programado para la primera intervención era la corrección de una hernia crural, que finalmente resultó ser inguinal directa, mediante un abordaje abierto. Debido a que no se logró identificar el defecto herniario, la paciente tuvo que ser sometida a una segunda intervención con el fin de lograr dicho propósito. Cabe aclarar que con el abordaje abierto inicial se hubiera podido corregir tanto un defecto inguinal como uno crural.*

Sumado a lo anterior, otro cuestionamiento del perito y que hemos destacado en el escrito de la demanda corresponde a que previamente a la primera cirugía no se ordenaron todos los exámenes que se requerían, pues lo cierto es que la paciente luego de ser intervenida en una primera oportunidad se le ordenó la realización de un TAC de abdomen y pelvis que dio un resultado totalmente distinto al de la ecografía, el cual fue “**HERNIA INGUINAL IZQUIERDA**”.

Esta diferencia en los resultados tanto de la ecografía como del TAC fueron destacados por el perito, así:

“19. ¿Existe alguna diferencia entre los resultados encontrados en la ecografía realizada el día 05 de abril de 2019 (HERNIA CRURAL IZQUIERDA REDUCTIBLE) y lo evidenciado en el TAC de abdomen y pelvis que fue realizado el día 12 de septiembre de 2020 (Hernia inguinal izquierda descrita con cambios inflamatorios adyacentes) un día después de haberle realizado la primera intervención quirúrgica?”

RESPUESTA: *Sí hay diferencia pues la ecografía evidenció una hernia crural y la TAC una hernia inguinal. Sin embargo, debido a que la sensibilidad del TAC es del 83% y a que dichos defectos herniarios puede distar uno del otro sólo unos milímetros, el cirujano debe tener siempre en cuenta la posibilidad de encontrar uno u otro tipo de hernia y estar preparado para corregirla.*

Y es que luego de realizarse el TAC en la segunda intervención el defecto herniario pudo ser encontrado y corregido, contrario a lo sucedido en la primera cirugía, donde no se tuvo la técnica adecuada para hacerlo ni se tenía claridad sobre la ubicación exacta de la hernia máxime si se tiene en cuenta que no siempre se señaló su lateralidad, es más esto último es lo que también cuestiona el perito de toda la atención médica suministrada por la Clínica La Estancia, pues no es algo menor y de poca incidencia en el diagnóstico:

“10. En la historia clínica se consigna indistintamente que la hernia es del lado izquierdo, que la hernia es del lado derecho. ¿Es esto indiferente? ¿Qué indica en relación a la buena práctica médica el hecho de que no se precisara este aspecto en la historia clínica?”

RESPUESTA: Precisar la lateralidad en las hernias de la región inguino-crural es parte esencial del diagnóstico médico y de la buena práctica médica. No es un asunto menor pues puede llevar a errores quirúrgicos como incidir el lado no enfermo del paciente. La ausencia de una referencia a la lateralidad en esta patología es tan grave como un error de lateralidad y refleja falta de rigor y de adherencia a las normas básicas de la elaboración de una historia clínica quirúrgica.

Aspecto que también reitera a modo de conclusión: “6. - **Existe una falta de rigor sistemática identificada en varias partes de la historia clínica respecto de la lateralidad del defecto herniario, asunto que riñe con los protocolos actuales de seguridad del paciente y a los que los especialistas deben adherirse.** En la nota operatoria de la segunda intervención el cirujano no menciona el lado que operó y esta omisión puede generar dudas sobre la calidad de la cirugía.”.

Finalmente, en aras de demostrar que era evitable el daño estético que se le produjo a la paciente (cicatriz) por una cirugía abierta que fue ineficaz y con deficiencias en la técnica quirúrgica, el perito señala que las incisiones por vía laparoscópica son mucho “más pequeñas” que las que deben realizarse en una intervención vía abierta:

“22. ¿La cicatriz quirúrgica de una cirugía por laparoscopia, como la practicada a la paciente en esta segunda intervención, es más pequeña que una cirugía abierta como la practicada inicialmente por el médico Jorge Augusto Herrera el día 11 de septiembre de 2020?”

RESPUESTA: Las incisiones de las intervenciones efectuadas por vía laparoscópica son más pequeñas que las de sus contrapartes por vía abierta.

Esto demuestra que en el presente caso efectivamente existe una doble falla en el servicio:

Por una parte, se tiene lo relacionado con la doble trasgresión al consentimiento informado de la paciente, pues en el formato de consentimiento informado que fue aportado por la parte demandada en esta contestación a la demanda, se evidencia que no se le advirtió de los riesgos estéticos de la intervención ordenada por el médico tratante (HERNIORRAFIA INGUINAL + MALLA).

Así mismo, es de destacar que es inexistente el consentimiento informado para la cirugía que finalmente le realizaron y que nunca consintió la paciente (EXPLORACIÓN INGUINAL), esto deriva en que la paciente nunca otorgó algún tipo de consentimiento informado para que se le realizara este procedimiento quirúrgico y eso corresponde a una falla en el servicio, debido a que es un imperativo para los galenos obtener el debido consentimiento informado para realizar cualquier intervención quirúrgica.

Por otra parte, también se encuentra demostrada la falla en la prestación del servicio médico a raíz de la primera cirugía que le fue realizada a la paciente que se deriva de varias situaciones: (i) no se ordenaron los exámenes diagnósticos que se requerían previo a la cirugía para establecer de forma adecuada la ubicación de la hernia, (ii) a lo largo de la historia clínica se tiene por probado que inicialmente con la ecografía se determinó una hernia crural, pero de forma inexplicable y contradictoria se diagnosticó una hernia inguinal, que no resulta ser lo mismo, así mismo, tampoco durante el manejo de la historia clínica se determinó de forma clara la lateralidad de la hernia, lo que para el perito resulta inadecuado y contrario al rigor en el ejercicio del acto médico, (iii) de igual forma, se expuso a la paciente a distintos riesgos (analgésicos, quirúrgicos y demás) por una primera cirugía que fue ineficaz, donde no se pudo ni siquiera encontrar el defecto herniario para corregirlo a pesar de la gran incisión que se realizó, y, (iv) existe una impericia en la primera cirugía, por cuanto no se hizo una adecuada técnica quirúrgica que permitiera identificar la hernia y corregirla, ya sea si esta hubiera sido una hernia crural o inguinal, ya que

de conformidad con lo indicado por el perito en su dictamen pericial, la vía abierta que fue utilizada en la primera cirugía permitía encontrar esos defectos herniarios ya sea femorales o inguinales, aspecto que no se logró por el cirujano y que finalmente derivó en la necesidad de una nueva cirugía con los riesgos anestésicos, quirúrgicos y demás que esto amerita.

Todo esto llevó a que efectivamente la paciente quedara con un daño estético irreversible por todas estas fallas que se presentaron en el acto médico a cargo de los galenos de la clínica demandada.

Es evidente que lo indicado previamente que se deriva y encuentra respaldo en las pruebas que obran en el expediente, en especial, la historia clínica y el dictamen pericial que se vuelve a aportar en esta oportunidad, desvirtúan los argumentos dados por la aseguradora llamada en garantía en las excepciones planteadas en su contestación, y, en su lugar, implican que se deba acceder a las pretensiones de la demanda por estar acreditados diáfananamente los elementos de la responsabilidad que se endilga por lo sucedido en la atención médica suministrada a la joven ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO, pues no puede existir una atención adecuada y diligente cuando se presentaron todas las situaciones que fueron advertidas por el perito JACOBO PEREZ PEREZ.

Por otra parte, valga destacar que si bien EPS SANITAS no fue la entidad donde fue operada la paciente, si era la EPS a la que estaba afiliada la paciente y quien contrató con la Clínica La Estancia su atención, de manera que las obligaciones que tenía con la lesionada no se limitaban exclusivamente a su aseguramiento o simplemente a autorizar servicios.

Tal y como se ha advertido a lo largo del proceso, la EPS no se exonera por el simple hecho de contratar la atención de los afiliados con un tercero, por cuanto ya se ha establecido que entre la EPS y los afiliados nace un vínculo jurídico donde surgen obligaciones para las EPS como el deber de garantizar un idóneo, de calidad y adecuado servicio de salud.

Y es que en varios pronunciamientos tanto de la Corte Suprema de Justicia¹ como del Consejo de Estado² se ha dejado claro que ante casos de deficiencias o fallas en la prestación del servicio que provocan responsabilidad médica se ha condenado tanto a la prestadora del mismo como a la EPS a la que se encontraba afiliada la víctima, ya que su responsabilidad no se desvanece por el simple hecho de que lo preste un tercero. Fallos que ya fueron destacados en el escrito de contestación de excepciones de la EPS SANITAS y que no amerita volver a reiterarse en esta oportunidad.

En ese sentido, no es posible reconocer la excepción planteada por la aseguradora llamada en garantía relacionada con que EPS SANITAS autorizó todos los servicios que requirió la paciente y que por ello no debe ser responsabilizada, por cuanto los deberes a cargo de la EPS van más allá de dicha actuación y conlleva la garantía para su afiliado de recibir una prestación del servicio de salud de calidad, continua y adecuada, por ende, si ello no se cumple y el tercero con el que se contrató genera algún daño es la EPS la llamada también a responder junto a la IPS que provocó el daño, tal y como lo ha establecido en sus fallos tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado.

¹ Reiterado en sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia del 08 de septiembre de 2021. SC3919-2021. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 30 de octubre de 2013. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Rad. 66001-23-31-000-1998-00181-01 (24985). También el Consejo de Estado ha declarado la responsabilidad solidaria en otros pronunciamientos: 1) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de mayo de 2015, C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz, rad. 08001- 23-31-000-2002-02178-01 (46466). 2) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 20 de octubre de 2014, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, rad. 54001- 23-31-000-1999-00827-01 (27029). 3) Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P. María Adriana Marín. Sentencia del 04 de febrero de 2022. Radicado: 85001-23-31-000-2007-00125-01 (47549). Actor: Alexander Fernández Bermúdez y otros. Demandado: Capresoca Eps y otros.

Ahora, frente a lo relacionado con las excepciones sobre los perjuicios solicitados, me permito manifestar que lo solicitado se encuentra ajustado a los baremos establecidos por el Consejo de Estado en su precedente y no resultan nada excesivo, pues sin prueba alguna y acudiendo solo a su criterio, la aseguradora llamada en garantía señala que la lesión con la que quedó mi representada se “*enmarca como máximo entre el 1% y el 10%*”, restándole importancia a lo que sucedió y pasando por alto que es un daño estético con el que debe vivir de por vida una joven debido a una cirugía que fue ineficaz y no corrigió su patología.

Todo lo anterior, desvirtúa por completo que las excepciones planteadas por la aseguradora llamada en garantía sean reconocidas, comoquiera que los elementos exigidos para que se configure la responsabilidad patrimonial del Estado están plenamente acreditados, en especial, la falla en la prestación del servicio de salud en que se incurrió y que derivó en la grave lesión irreversible que padece la joven ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO y con la cual deberá vivir el resto de sus días.

- **Manifestación sobre lo indicado por esta aseguradora frente al dictamen pericial aportado por la parte demandante:**

Esta llamada en garantía alega que el dictamen pericial “*fue presentado de forma extemporánea por el extremo activo*” al considerarse que se allegó “*con posterioridad a la presentación de la demanda por la parte actora*”.

Sin embargo, es importante destacar que ello no es cierto, por cuanto la ley 1437 de 2011 es clara en establecer las etapas que tienen las partes para aportar pruebas, así:

“ARTÍCULO 212. OPORTUNIDADES PROBATORIAS. *Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados en este Código.*

En primera instancia, son oportunidades para aportar o solicitar la práctica de pruebas: *la demanda y su contestación; la reforma de la misma y su respuesta; la demanda de reconvención y su contestación; **las excepciones y la oposición a las mismas**; y los incidentes y su respuesta, en este último evento circunscritas a la cuestión planteada.*

Las partes podrán presentar los dictámenes periciales necesarios para probar su derecho, o podrán solicitar la designación de perito, en las oportunidades probatorias anteriormente señaladas.”

Como se puede apreciar, la oposición a las excepciones es una oportunidad probatoria que tiene la parte demandante para solicitar e incorporar pruebas, máxime si se trata de dictámenes periciales donde la normatividad es clara en señalar que se puede presentar o solicitar la designación del perito dentro de las oportunidades probatorias.

De manera que no es cierto que por el hecho de no haberse aportado el dictamen pericial con el escrito de la demanda se presentó de forma extemporánea, pues el mismo CPACA establece que dicha prueba puede aportarse o solicitarse después de radicarse la demanda y en el momento de presentar oposición a las excepciones, como es este caso.

En virtud de ello y en aras de que no exista duda de que el dictamen pericial rendido por el doctor JACOBO PEREZ PEREZ fue oportunamente aportado en este proceso, se vuelve a reenviar a todas las partes dentro de esta oportunidad dada la oposición a las excepciones propuestas por esta llamada en garantía.

III. SOLICITUD PROBATORIA

PRUEBAS POR PRACTICAR:

DICTAMEN DE PARTE: Como lo hemos venido resaltando a lo largo de este memorial y también de aquel por medio del cual se contestaron las excepciones de la Clínica La Estancia y EPS SANITAS, nos permitimos nuevamente aportarlo para que obre en el proceso el dictamen pericial realizado por el DR. JACOBO EVARISTO PÉREZ PÉREZ, médico especialista en cirugía general, con miras a que se admita e ingrese como prueba.

El fundamento de esta solicitud probatoria se encuentra en el artículo 227 del Código General del Proceso, que indica que “[l]a parte que pretenda valerse de un dictamen pericial deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas”. Y en concordancia con ello, se encuentran los artículos 212 y 218 del CPACA que dispone cuáles son las oportunidades probatorias en procesos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, así:

“ARTÍCULO 212. OPORTUNIDADES PROBATORIAS. *Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados en este Código.*

*En primera instancia, son oportunidades para aportar o solicitar la práctica de pruebas: la demanda y su contestación; la reforma de la misma y su respuesta; la demanda de reconvenición y su contestación; **las excepciones y la oposición a las mismas**; y los incidentes y su respuesta, en este último evento circunscritas a la cuestión planteada.”*

Y el artículo 218 ibidem, que establece la procedencia de los dictámenes de parte, judiciales y de oficio dentro de los procesos contenciosos administrativos:

“ARTÍCULO 218. PRUEBA PERICIAL. *<Artículo modificado por el artículo 54 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> La prueba pericial se regirá por las normas establecidas en este código, y en lo no previsto por las normas del Código General del Proceso.*

Las partes podrán aportar el dictamen pericial o solicitar al juez que lo decrete en las oportunidades establecidas en este código.

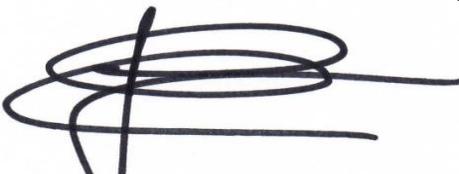
El dictamen pericial también podrá ser decretado de oficio por el juez.”

Teniendo en cuenta lo anterior, la contestación de excepciones es una oportunidad para solicitar o aportar pruebas, por ende, nos permitimos aportar nuevamente el dictamen antes mencionado, rogando a su señoría, se sirva decretar el mismo para que obre dentro del proceso. Conforme a lo anterior, me permito informar al Despacho que desisto del peritaje judicial solicitado en la demanda frente a esta especialidad.

IV. PETICIÓN

Con base en las anteriores consideraciones y conforme a los medios probatorios obrantes en el proceso, ruego a su señoría declarar no probadas las excepciones formuladas, y acceder a las súplicas de la demanda.

De la señora Juez, con todo respeto,



LUIS GUILLERMO SERRANO ESCOBAR
C.C.12.134.988 de Neiva
T.P. 68.302 del C.S de la J.