

ARBEY CAMILO CANTILLO MURCIA

ABOGADO

Doctor.

CARLOS DANIEL CUENCA VALENZUELA.

Juez Noveno Administrativo Oral De Neiva.

E. S. D.

Ref.	MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA.
Demandantes:	LEIDY SOFIA MONTAÑO y OTROS.
Demandados:	HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN ANTONIO DE PITALITO HUILA Y OTRO.
Radicación:	410013333009 2018 00032 00.
Asunto:	DECORRER TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA LLAMADA EN GARANTÍA COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FINANZAS S.A –SEGUROS CONFIANZA S.A.

Respetado Doctor:

ARBEY CAMILO CANTILLO MURCIA, mayor de edad, e identificado con la cédula de ciudadanía número 1.083.874.186 expedida en Pitalito, portador de la tarjeta profesional de abogado número 229.637 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado de la parte actora en el proceso de la referencia y encontrándome dentro del término legal otorgado para el efecto, mediante el presente escrito respetuosamente me permito descorrer traslado de las excepciones propuestas por el apoderado judicial de la llamada en garantía **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FINANZAS S.A –SEGUROS CONFIANZA S.A.**; excepciones de las cuales me permito pronunciarme en los siguientes términos:

1. Respecto a la excepción denominada "**FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CUSA DE LA EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD PARA SER DEMANDADA EN EL PROCESO**"

En el sustento de la nombrada excepción, la llamada en garantía pretende excusar la responsabilidad de la **EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD**, afirmando que, por la naturaleza jurídica de la empresa, ésta "**NO prestó servicios de salud de manera directa al demandante por cuanto no cuenta, ni tiene habilitados estos servicios;**" y en consecuencia solicita la desvinculación del proceso de la mencionada demandada.

Señor Juez, respetuosamente me permito controvertir lo expuesto por la apoderada de la llamada en garantía, recordando que, la **EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD**, es "**un grupo empresarial para la prestación de servicios integrales y multidisciplinarios de salud, conformado por empresas de aseguramiento, prestación de servicios de salud, y distribución**

ARBEY CAMILO CANTILLO MURCIA

ABOGADO

mayorista y minorista de medicamentos e insumos"¹, por lo anterior su señoría, al ser un grupo empresarial, la misma se constituye como una entidad matriz o controlante, de unas sociedades subordinadas, que ejercen sus labores **como una unidad, con un único propósito y dirección.**

Ahora bien, según el certificado de existencia y representación legal o de inscripción de documentos de la **SOCIEDAD CLÍNICA EMCOSALUD S.A.**, sociedad a la cual fue **trasladada, atendida y hospitalizada** mi representada desde el 20 de octubre del año 2016, hasta el 09 de noviembre de la misma anualidad, dicho certificado establece, en el acápite denominado situaciones de control y grupos empresariales, se establece lo siguiente:

"POR DOCUMENTO PRIVADO DEL 07 DE DICIEMBRE DE 2015 SUSCRITO POR OTROS NO CODIFICADOS, REGISTRADO EN ESTA CÁMARA DE COMERCIO BAJO EL NÚMERO 43196 DEL LIBRO IX DEL REGISTRO MERCANTIL EL 11 DE DICIEMBRE DE 2015, SE COMUNICÓ QUE SE HA CONFIGURADO UN GRUPO EMPRESARIAL:

CONFIGURACIÓN DE GRUPO EMPRESARIAL COMUNICADA POR LA ENTIDAD MATRIZ EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD.

**** EMPRESA MATRIZ / CONTROLANTE: EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD.**

(...)

**** EMPRESA SUBORDINADA / CONTROLADA: SOCIEDAD CLÍNICA EMCOSALUD S.A.**

(...)" (Negrilla fuera de texto).

Consecuentemente, el artículo 260 del Código de Comercio, modificado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995², establece que **"una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directa o indirectamente, caso en el cual aquélla se denominará filial, o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria"** (Negrilla fuera de texto).

A la par, el artículo 28 de la ley ibidem, identifica cuando se configura un grupo empresarial, indicando textualmente lo siguiente:

"ARTICULO 28. GRUPO EMPRESARIAL. Habrá grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección.

Se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la

¹ Información tomada del portal web de EMCOSALUD <https://portal.emcosalud.org/>

² Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones.

ARBEY CAMILO CANTILLO MURCIA

ABOGADO

dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas. (...)” (Negrilla fuera de texto).

Por lo anterior su señoría, debe entenderse que una empresa o sociedad que conforme un grupo empresarial, y en la cual existan diferentes personerías jurídicas, por el fenómeno de la subordinación, se da una ostensible pérdida de la autonomía económica, financiera, administrativa, y de decisión por parte de las sociedades filiales o subordinadas, por lo anterior, las ultimas se encuentran sujetas a las determinaciones, directrices y orientaciones de la matriz, teniendo con ella un indiscutible vinculo, que en la práctica implica la unidad de intereses, propósitos y dirección.

Rememorado lo anterior, señor Juez, infundada resulta la excepción planteada por la llamada en garantía, pues si bien la demandada **EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD**, no es la entidad directamente encargada de prestar el servicio de salud a los pacientes, si lo es la **SOCIEDAD CLÍNICA EMCOSALUD**, la cual como se demostró anteriormente, es una subordinada de la empresa cooperativa, y consecuentemente la entidad en la que fue atendida mi representada, situación que se puede constatar, en el folio 109 y 110 del cuaderno principal 01, del expediente digital del presente proceso.

Por todo lo expuesto anteriormente, señor Juez, respetuosamente solicito se desestime la solicitud de desvinculación de la **EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD**, en su calidad de demandada en la presente litis.

2. Respecto a la excepción denominada “**AUSENCIA DE NEXO CAUSAL QUE DERIVE EN LA DECLARACIÓN DE ALGUNA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD**”

En la proposición de esta excepción, el apoderado de la llamada en garantía, advierte que, debe existir una relación necesaria entre el daño y la responsabilidad de su producción, motivo por el cual me permito relacionar nuevamente los perjuicios causados por las omisiones atribuibles al personal médico tratante, con el fin de despejar cualquier duda bajo la cual se pretenda librar de la responsabilidad que le asiste a la entidad demandada:

- **LEIDY SOFÍA MONTAÑO** sufrió un accidente de tránsito el día 09 de octubre de 2016, fue ingresada al **HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN ANTONIO DE PITALITO**, donde fue tratada inicialmente y luego por temas administrativos remitida a **EMCOSALUD** en la ciudad de Neiva.

En la Historia Clínica del **HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN ANTONIO DE PITALITO**, consta que es su EPS solicita que la paciente **LEIDY SOFÍA**

ARBEY CAMILO CANTILLO MURCIA

ABOGADO

MONTAÑO, sea remitida, en este caso a **EMCOSALUD** en la ciudad de Neiva. (Folio 49 del cuaderno principal 1 – Folio 82 del PDF donde consta el cuaderno principal 1):

● 16/10/2016 12:33:43 p.m.

EPS SOLICITA LA REMISION DE LA PACIENTE

Profesional: MARLY ROCIO MARTINEZ MENESES

MEDICINA GENERAL

Firma:

Registro: 86

MARLY MARTINEZ

A continuación, en el mismo folio se encuentra la siguiente nota médica:

● 17/10/2016 09:25:31 a.m.

PACIENTE DE 27 AÑOS, CON DX:

-POP DIA 4 (13/10/2016) DE CURETAJE OSEO EN TIBIA
-POP DIA 4 (13/10/2016) DE DESBRIDAMIENTO DE TEJIDOS BLANDOS
-POP DIA 8 (09/10/2016) DE APLIACION D TUTOR EXTERNO
-POP DIA 8 (09/10/2016) DE CURETAJE OSEO EN TIBIA
-POP DIA 8 (09/10/2016) DESBRIDAMIENTO DE TEJIDOS BLANDOS
-LUXACION DE ARTICULACION ACROMIOCLAVICULAR
-FRACTURA ABIERTA GRADO IIIA DE TIBIA DERECHA
-TRAUM DE TEJIDOS BLANDOS S-O GRADO III

PACIENTE DE 27 AÑOS, CON DX ANOTADOS. EN EL MOMENTO ESTABLE HEMODINAMICAMENTE, CON ADECUADA MODULACION DEL DOLOR, AFEBRIL, HIDRATACION, TOLERANDO VIA ORAL. AL EXAMEN FISICO EXTREMIDAD SUPERIOR DERCHA CON DOLOR Y LIMITACION FUNCIONAL, HERIDA

Profesional: ALMA MARIA DAZA COHEN

Especialidad: MEDICINA GENERAL

Tarjeta Prof. # 41506-2014

Impreso el 14/12/2016 a las 09:58:29 Por el Usuario 651 - YITSADTH FERNANDO LUNA
Indigo Crystal.Net - Powered By INDIGO TECHNOLOGIES - to HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN ANTONIO NIT: 891180134-2

Ingreso: 1548657

Identificación: 1083881505

Fecha de Impresión: miércoles, 14 de diciembre de 2016 8:46 a.m.

Nombres: LEIDY SOFIA

Apellidos: MONTAÑO ROJAS

Pagina 9/16

EN CARA ANTERIRO DE PIERNA IZQUIERDA CON ESCASO SANGRADO, SIN SECRECION PURULENTO, NI SIGNOS DE INFECCION, EPIDERMOLISIS EN HERIDA QUIRURGICA, SIN SIGNOS DE INFECCION. EXTREMIDAD INFERIOR DERECHA INMOVILIZADA CON TUTOR EXTERNO, NO SE EVIDENCIA SIGNOS DE INFECCION, NO ERITEMA, NO SECRECION PURULENTO NI SANGRADO, CON LEVE DOLOR Y LIMITACION FUNCIONAL, AL MOMENTO PACIENTE CON EVOLUCION CLINICA ESTABLE, CON ADECUADA MODULACION DEL DOLOR, QUIEN REFIERE PERSISTENCIA DE CEFALEA, SE CONSIDERA HACER SEGUIMIENTO DE LA MISMA POR LO QUE SE SOLICITA UN HEMOGRAMA DE CONTROL. PACIENTE A QUIEN POR TRAMITES ADMINISTRATIVOS CON SU EPS SE DECIDE INICIAR TRAMITE DE REMISION A III NIVEL DE SU EPS PARA REALIZACION DE PROCEDIMIENTO QUIRURGICO DE ARTICULACION ACROMIOCLAVICULAR Y PROXIMOS PROCEDIMIENTOS Y AMENJOS MEDICOS QUE REQUIERA SEGUN EVOLUCION. CONTINUA EN AL UNIDAD A LA ESPERA DE REMISION, AUTORIZACION DE PROCEDIMIENTO QUIRURGICO Y MATERIALES, SE EXPLICA CONDUCTA A LA PACIENTE QUIEN REFIERE ENTENDER Y ACEPTAR.

Profesional: GERARDO ALEXI MUÑOZ FALLA

ORTOPEDIA Y TRAUMATOLOGI

Las notas en que el personal médico del **HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN ANTONIO DE PITALITO**, consignan que la paciente está en proceso de remisión por "**ASUNTOS ADMINISTRATIVOS CON SU EPS**", se repiten hasta el día 19 de octubre de 2016, pues el día 20 de octubre de 2016, finalmente fue remitida a **EMCOSALUD** en la ciudad de Neiva. (Folios 49 a 50 del cuaderno principal 1 – Folios 82 a 84 del PDF donde consta el cuaderno principal 1).

- Al ingresar a **EMCOSALUD** en la ciudad de Neiva, el 20 de octubre de 2016, se registró y consta en la Epricrisis, que iba remitida de Pitalito y que presentaba fracturas, entre ellas "**FRACTURA DEL FEMUR TERCIO MEDIO**" (Folio 64 del cuaderno principal 1 – Folio 109 del PDF donde

ARBEY CAMILO CANTILLO MURCIA

ABOGADO

consta el cuaderno principal 1), fractura que no fue tratada por parte del personal de **EMCOSALUD** en la ciudad de Neiva, la paciente fue egresada de esa entidad sin recibir tratamiento de la fractura del fémur.

- El 01 de febrero de 2017, la paciente **LEIDY SOFÍA MONTAÑO** ingresó nuevamente a **EMCOSALUD** en la ciudad de Neiva, esta vez para que le fuera retirado el material de síntesis de fémur y tibia izquierda, con el cual se inmovilizó la tibia izquierda para que la misma se recuperara, no para brindar tratamiento a la fractura de fémur; se consignó en la Epicrisis de esta atención que el motivo de consulta fue (Folio 75 – cuaderno principal 1):

“PTE QUE VIENE POR DOLOR INTENSO EN CLAVO DE TUTOR DE FEMUR Y TUMEFACCIÓN EN TERCIO MEDIO CARA ANTERIOR DE MUSLO IZQ ESTA PROGRAMADA PARA RETIRO DE MATERIOAL DE SINTESIS DE FEMUR “TUTOR EXTERNO”. AL EXÁMEN EDEMA DOLOR EN TERCIO MEDIO CARA ANTERIOR DE MUSLO IZQ Y SECRECION PURULENTA POR CLAVO DE ZHANZ EN FEMUR” (Negrita fuera de texto original)

Los hallazgos resaltados en la cita, lo que estaban evidenciando era la sobreposición de las dos partes en que se fracturó el fémur izquierdo (fractura de la diáfisis del fémur izquierdo – fractura que no fue tratada por el personal médico tratante), el mismo al no ser tratado y por ende alineado y asegurado para garantizar que soldara de manera correcta, no soldó y quedó dividido en dos partes o mitades, las cuales con el tiempo se sobrepusieron en el lugar de la fractura, lo que provocaba dolores insoportables a la paciente, además de una evidente protuberancia en la cara anterior del muslo izquierdo.

La paciente estuvo hospitalizada hasta el día 06 de febrero de 2017, y durante su estancia no fue valorada y/o tratada la fractura del fémur izquierdo, solamente se hace referencia a la fractura de la tibia izquierda y que la misma se encontraba consolidada por lo que le fue retirado el tutor externo.

Al egreso le fueron ordenadas terapias físicas, en este caso un total de 30 sesiones y un control por la especialidad de ortopedia dos meses después.

En la cita de control por ortopedia del 06 de abril de 2017 (Folio 89 – cuaderno principal 1), el especialista consignó que el motivo de la consulta era **“VIENE A CONTROL FRACTURA PROXIMAL IZQUIERDO, ABIERTA TRATADA CON TUTOR EXTERNO HACE 6 MESES CON RETIRO E TUTOR HACE 2 MESES”**, y a continuación, al realizar el examen físico, el especialista encontró:

ARBEY CAMILO CANTILLO MURCIA

ABOGADO

*“(...) HERIDA COCATRIZADA EN BUEN ESTADO, ANQUILOSIS DE RODILLA, **MOVILIDAD ANORMAL EN TERCIO DISTAL DE FEMUR**”*
(Negrilla fuera del texto original).

Por lo anterior solicitó una radiografía de fémur distal izquierda prioritaria así: **“SE SOLICITA RX DE FEMUR DISTAL IZQUIERDA AP AP YLAT PRIORITARIA”**

Con la radiografía ordenada, el día 11 de abril de 2017 se realizó un nuevo control por la especialidad de ortopedia y traumatología en **EMCOSALUD** (Folio 90 – cuaderno principal 1), donde encuentra el especialista en el examen físico *“(...) **MOVILIDAD ANORMAL EN TERCIO DISTAL DE FEMUR Y ANQUILOSIS DE RODILLA IZQUIERDA RX FRACTURA DE FEMUR DISTAL CAVALGADA SECUNDARIA A CLAVO DE SHANS DEL TUTOR EXTERNO**”*, por lo que se instaura como plan de manejo **“PLAN SE PROGRAMA PARA OSTEOSINTESIS DE FEMUR CON CLAVO BLOQUEADOR RETROGRADO PREVIA LIBERACION QX DEL ANQUILOSIS DE ROTULA PROCEDIMIENTO HACER CON ARCO EN C”**

A lo expuesto anteriormente, debo hacer dos precisiones: como primera medida se debe advertir que la *“movilidad anormal en tercio distal de fémur”*, se trataba de un movimiento que se evidenciaba al intentar hacer movimientos de flexión y extensión de la articulación de la rodilla, la cual presentaba anquilosis, término que indica que el paciente tiene una *“Rigidez o inmovilidad anormal, total o parcial, de una articulación como consecuencia de la unión directa de los huesos, la proliferación de tejido fibroso o una intervención quirúrgica”*³, por lo que la limitada movilidad de flexión y extensión de esta extremidad a la altura de la rodilla, la daba una pseudo articulación dada por la fractura no tratada del fémur, la cual se manifestaba como una tumefacción o hinchazón en el tercio medio cara anterior del fémur izquierdo de la paciente **LEIDY SOFIA MONTAÑO**, la cual le provocaba fuertes dolores, los cuales se exacerbaban con el movimiento o apoyo de peso en su pierna, en especial cuando debía asistir a las sesiones de terapia ordenada por los médicos de **EMCOSALUD**.

Como segundo punto, se debe aclarar que la fractura del fémur izquierdo, no era distal, sino medial, es decir, aproximadamente en la mitad de la extensión del fémur, y que la misma no fue secundaria al clavo del tutor externo, sino que la misma estuvo presente desde el momento del accidente, y aunque fue referenciada en la Epicrisis de ingreso en **EMCOSALUD**, la misma no fue tratada y provocó el daño a la paciente, pues después de que fue *“descubierta la fractura de fémur izquierdo”*, siete meses después de haberse presentado el accidente, la misma ya no pudo ser alineada para que los huesos soldaran, por lo que la paciente **LEIDY SOFIA MONTAÑO**, debió ser sometida a un largo, tortuoso y doloroso tratamiento que implicó que debieran realizar nuevos cortes en ambos

³ Diccionario de términos médicos – Real Academia de Medicina de España – versión 2012.

ARBEY CAMILO CANTILLO MURCIA

ABOGADO

frentes del hueso fracturado, para que el mismo pudiera soldar nuevamente y además se pudiera realizar una extensión del fémur.

Como sustento a lo afirmado, a continuación, se plasma imagen de la radiografía tomada el 09 de octubre de 2016 (Folio 95 – anexos de la demanda – cuaderno principal 1), día en que ocurrió el accidente, que muestra claramente la fractura que no fue tratada y provocó el daño a la paciente **LEIDY SOFÍA MONTAÑO**.



Se evidencia el clavo de shans del tutor externo en la parte distal del fémur, y en ese punto no se presentó la fractura como lo argumentó el personal médico de **EMCOSALUD**, pues como se evidenciará a continuación mediante la radiografía tomada a la paciente **LEIDY SOFÍA MONTAÑO**, el 06 de abril de 2017 cuando fue “diagnosticada” la fractura de fémur, se trata de la misma fractura que consta en la radiografía del 09 de octubre de 2016, día del accidente.



ARBEY CAMILO CANTILLO MURCIA

ABOGADO

Se resalta la fractura de femur, la fecha en que fue tomada (6/04/2017), y que se trata de la paciente **LEIDY SOFÍA MONTAÑO**, de **EMCOSALUD**.

Por último, señor juez, la llamada en garantía manifiesta que se le indicó a la señora **LEIDY SOFIA MONTAÑO** de la gravedad de la lesión y la posible pérdida de utilidad de su extremidad, lo que no indican es que nada tiene que ver la advertencia inicial, con que el personal médico omitiera notar la fractura del fémur, que, de diagnosticarse debida y oportunamente, pudo disminuir la gravedad de los perjuicios que ha sufrido hasta la fecha. Y es que la llamada en garantía cita en su escrito de defensa un aparte de la historia clínica del **HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN ANTONIO DE PITALITO**, donde consignan que hay alto riesgo de infección y perdida funcional del miembro, pero no especifican sea por desconocimiento o como estrategia, la parte del miembro inferior a la que se refieren, pues claramente se evidencia que esa advertencia la hace el personal médico del **HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN ANTONIO DE PITALITO**, referente a la pierna izquierda, es decir, de la rodilla hacia abajo por la fractura de la tibia (fractura de la tibia izquierda con varios o muchos fragmentos de hueso, maceración de tejidos blandos y contaminación de esa fractura por tierra y material vegetal), y no por la fractura cerrada del fémur, la cual no fue tratada en el **HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN ANTONIO DE PITALITO** y tampoco en **EMCOSALUD**.

Con lo anterior, queda plenamente demostrada la falla en el servicio por parte de las demandadas, y es que la paciente **LEIDY SOFÍA MONTAÑO**, padeció graves afecciones de salud, tuvo una gran pérdida de capacidad laboral, entre otros, a causa de un mal diagnóstico o la omisión del tratamiento que requería una fractura de fémur, por parte de las entidades tratantes, el **HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN ANTONIO DE PITALITO** y **EMCOSALUD**.

En cuanto a la observación que hace la llamada en garantía al dictamen pericial, se desconoce si la profesional que firma el escrito por medio del cual se contesta la demanda, tiene estudios técnicos o puede rendir pericias sobre pérdidas de capacidad laboral de una persona, no obstante, lo anterior, si pretendiera atacar o controvertir el peritaje por medio del cual se determinó la pérdida de capacidad laboral de la señora **LEIDY SOFÍA MONTAÑO**, debió presentar un dictamen alternativo.

3. Respecto a la excepción denominada “LAS OBLIGACIONES DEL PERSONAL MÉDICO TRATANTE FUERON DE MEDIOS Y NO DE RESULTADO”

La llamada en garantía argumenta que, de acuerdo a las pruebas, se puede acreditar que por parte del personal médico se aplicó el conocimiento científico, diligencia, cuidado y la experticia con el fin de atender en debida forma a la mencionada paciente, afirmación de la que esta parte disiente, pues si a la señora **LEIDY SOFÍA MONTAÑO**, se le hubiera detectado a tiempo todas las fracturas con las cuales ingresó al centro

ARBEY CAMILO CANTILLO MURCIA

ABOGADO

médico, habría tenido la oportunidad de tratarlas a tiempo, y no se hubiera desencadenado las graves afectaciones a su salud, secuelas y cicatrices permanentes.

Es por esto señor juez, que, debido a las omisiones en que incurrieron los médicos tratantes, tanto en la atención inicial como en los controles, que no detectaron a tiempo la fractura del fémur izquierdo de la señora **LEIDY SOFÍA MONTAÑO**, se le impidió a la paciente la atención médica oportuna e idónea para el padecimiento, desencadenado con dichas actuaciones una pérdida de chance u oportunidad a mi mandante, la cual la jurisprudencia del Consejo de Estado, Sección Tercera. Consejero Ponente MAURICIO FAJARDO GOMEZ, Radicado: 05001-23-26-000-1995-00082-01(18593) Bogotá, D.C., con fecha de agosto once (11) de dos mil diez (2010), ha establecido de la siguiente manera:

“PERDIDA DE CHANCE U OPORTUNIDAD - Daño autónomo / RESPONSABILIDAD MEDICA - Pérdida de un chance u oportunidad / PERDIDA DE OBTENER UNA ATENCION OPORTUNA - Demora en la práctica de los exámenes técnicos o especializados al paciente / PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD - Pérdida de oportunidad

*Las circunstancias que rodean el presente caso tienen la virtualidad de ilustrar la dinámica de aplicación de la noción de pérdida de oportunidad como una modalidad de daño autónomo, cuya relación de causalidad con el hecho dañoso debe encontrarse plenamente acreditada y que no constituye un sucedáneo de prueba respecto del aludido nexo causal en supuestos en los cuales se dificulta la demostración, en el proceso judicial, del referido ligamen. Pues bien, aunque en este asunto, como se dejó indicado anteriormente, no puede concluirse con certeza que la no práctica oportuna de los exámenes técnicos o especializados en el paciente antes de su deceso habría contado con la eficacia causal necesaria para comprometer la responsabilidad de la entidad demandada, **lo que sí resulta absolutamente claro es que las omisiones en que incurrió el cuerpo médico o asistencial al momento de prestar el servicio de salud, excluyen la diligencia y cuidado con que se debió actuar para una eficaz prestación del servicio público.***

*Y aunque tampoco existe certeza de que aún si la Administración hubiere actuado con la mencionada diligencia, la víctima habría recuperado su salud, **lo cierto es que, si el centro hospitalario hubiese obrado de esa manera, esto es con la pericia y el cuidado necesarios, no le habría hecho perder al paciente el chance u oportunidad de recuperarse.***

Así las cosas, dado que el retardo de la entidad le restó oportunidades al paciente de sobrevivir, pues resulta importante destacar que la víctima duró interna en el hospital por más de 5 horas sin practicársele evaluación alguna para contar con más información para un diagnóstico más exacto, la Sala declarará la responsabilidad de la parte demandada por la pérdida de la oportunidad de curación y de sobrevivir del paciente, la cual sí tiene nexo directo con la actuación administrativa.”⁴

⁴ [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/05001-23-26-000-1995-00082-01\(18593\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/05001-23-26-000-1995-00082-01(18593).pdf) (jurisprudencia visible en el link)

4. Respecto a la excepción denominada “**CUANTIFICACIÓN EXCESIVA Y SIN SOPORTE PROBATORIO DE LOS PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES PRETENDIDOS**”

Argumenta la apoderada de la llamada en garantía en la presente excepción, que del daño moral pretendido “*no se allegan pruebas que acrediten el grado de afectación de cada demandante individualmente considerado para justificar el monto de las pretensiones por dichos conceptos, siendo considerablemente excesivos.(...)*”, así mismo reprocha el dictamen de pérdida de capacidad laboral allegado con la demanda, y finalmente manifiesta su inconformismo, con la procedencia de cualquier indemnización a favor del señor **GUILLERMO LEÓN ORDOÑEZ SEMANATE**, por considerar sin prueba alguna, que el mencionado demandante, para la época de los hechos no era compañero permanente de la víctima.

Señor Juez, respecto a la presunta ausencia de prueba que demuestre la afectación de cada uno de los demandantes, es menester recordar que con el escrito de demanda se aportaron los respectivos registros civiles de nacimiento, los cuales permiten constatar la relación familiar entre los demandantes, por lo anterior la estimación propuesta por la parte actora, y la base de liquidación se encuentran plenamente demostradas y justificadas en el escrito de demanda, pues la jurisprudencia, obrando como criterio auxiliar de la actividad judicial, tal y como se establece en artículo 230 de la Constitución Política de Colombia⁵, precisó que:

“2.8.2. Perjuicios morales

Procede la Sala Plena de la Sección Tercera a unificar su jurisprudencia en torno a los perjuicios morales a reconocer a la víctima directa y sus familiares en caso de lesiones personales.

La reparación del daño moral en caso de lesiones tiene su fundamento en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegadas.

Para el efecto se fija como referente en la liquidación del perjuicio moral, en los eventos de lesiones, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima. Su manejo se ha dividido en seis (6) rangos:

⁵ Constitución Política Colombiana, Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

ARBEY CAMILO CANTILLO MURCIA

ABOGADO

GRAFICO No. 2					
REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

*Deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro.*⁶

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que la señora **LEIDY SOFIA MONTAÑO ROJAS**, fue valorada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila, y dicha entidad estableció el porcentaje de pérdida de capacidad laboral de mi poderdante en un 58,45%, la estimación de los perjuicios inmateriales solicitados para los demandantes, se encuentran completamente fundados y acreditados, según lo preceptuado en la sentencia de unificación antes citada.

Ahora bien, respecto a la unión marital sostenida entre la señora **LEIDY SOFIA MONTAÑO ROJAS**, y el señor **GUILLERMO LEON ORDOÑEZ SEMANATE**, tiempo antes de la celebración formal de su matrimonio, es menester manifestar que, en el escrito de demanda y en el que se describió traslado de las excepciones propuestas por **EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD**, se solicitaron el decreto de múltiples testimonios, con el fin de acreditar el vínculo de los demandantes, entre otros aspectos, por lo cual, el apoderado de la llamada en garantía, no puede pretender que con solo un aparte de la historia clínica de la señora **LEIDY SOFIA MONTAÑO ROJAS**, se desvirtué por completo la relación sentimental sostenida por mis representados.

En igual sentido su señoría, considero importante recordar a la parte demanda, la etapa procesal en la que nos encontramos en estos momentos, trayendo a colación el artículo 179 del CPACA⁷, el cual prevé que el proceso contencioso administrativo se desarrollará en las siguientes etapas: La primera, desde la presentación de la demanda hasta la

⁶ Sentencia fechada el 28 de agosto del 2014, del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, con ponencia de la consejera OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ, en el proceso bajo el radicado 50001-23-15-000-1999-00326-01 (31172).
⁷ Ley 1437 del 2011.

ARBEY CAMILO CANTILLO MURCIA

ABOGADO

audiencia inicial, la segunda, desde la finalización de la anterior hasta la culminación de la audiencia de pruebas, y la tercera, desde la terminación de la anterior, hasta la notificación de la sentencia.

Por lo anterior, y entendiendo que en el asunto de la referencia tan solo nos encontramos en la primera etapa procesal, apresuradas resultan las afirmaciones realizadas por la apoderada de la llamada en garantía, pues es menester manifestar, que, con la práctica de los diferentes testimonios, se ilustrará al despacho respecto a la relación de los demandantes, e incluso la afectación, daños morales y a la salud causados a los mismos, como consecuencia de las omisiones incurridas por los demandados; aclarando de este modo, que las suposiciones de ausencia probatoria manifestadas por la apoderada de la llamada en garantía, no están llamadas a prosperar.

Ahora, respecto al inconformismo con el dictamen de pérdida de capacidad laboral allegado con la demanda, la parte que represento discrepa respetuosamente de dichas afirmaciones, pues no son más que apreciaciones subjetivas de una apoderada judicial que carece de la calidad de perito, para poder controvertir la calificación realizada por los médicos expertos, pertenecientes a la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila.

Así mismo señor Juez, se trae a colación lo establecido en el artículo 228 del Código General del Proceso, aplicable por autorización expresa del artículo 219 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual a su tenor literal reza lo siguiente:

“Artículo 228. Contradicción del dictamen. La parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones. Estas deberán realizarse dentro del término de traslado del escrito con el cual haya sido aportado o, en su defecto, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia que lo ponga en conocimiento. (...)” (Negrilla fuera de texto)

Por lo anterior, y apreciando que, en el escrito de contestación de demanda de la llamada en garantía, brilla por su ausencia, cualquiera de las actuaciones descritas en el artículo antes citado, se puede concluir, que la demandada solo realizó apreciaciones subjetivas frente al dictamen pericial aportado, pero en ningún momento solicitó la contracción del mismo.

Finalmente, es importante mencionar que las actuaciones de los integrantes de las Juntas de Calificación de Invalidez están regidas ***“por los principios establecidos en la Constitución Política, entre ellos, la buena fe, el debido proceso, la igualdad, la moralidad, la eficiencia, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad, la publicidad, la integralidad y la unidad. Su actuación también estará regida por la ética profesional, las disposiciones del Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y***

ARBEY CAMILO CANTILLO MURCIA

ABOGADO

Ocupacional o norma que lo modifique o adicione."⁸. Por lo anterior, debe recalcar que las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de Invalidez, son un organismo idóneo, para emitir una calificación de pérdida de capacidad laboral.

5. Respecto a la excepción denominada "**IMPROCEDENCIA DE RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS POR LUCRO CESANTE PRETENDIDOS CON LA DEMANDA**"

Se argumenta la presente excepción, básicamente en manifestar que "*el lucro cesante no se presume, quien reclama debe probar fehacientemente su existencia*", por lo cual, a juicio de la llamada en garantía, las incapacidades causadas a mi mandante "*debieron haber sido asumidas por su asegurador en salud*", y reprochablemente insiste, en que "*el porcentaje de pérdida de capacidad laboral no puede ser tenido en cuenta en su totalidad al momento de analizar el presente litigio*".

Su señoría, en cuanto a los perjuicios materiales solicitados en el escrito de demanda, debe manifestarse que estos constituyen una **sanción de resarcimiento del daño**, el cual fue causado por las omisiones de las demandas, por lo anterior, no puede pretender la llamada en garantía, que, por suponer un pago de incapacidades a mi mandante, esta no puede reclamar un resarcimiento que en derecho le corresponde, pues como se menciona en la jurisprudencia citada por la misma llamada en garantía, el lucro cesante se trata de "*el provecho económico que deja de reportarse y que, de no producirse el daño, habría ingresado ya o en el futuro al patrimonio de la víctima*".

Siendo así, y entendiendo que las demandadas causaron un daño a mis mandantes, y que estos tienen derecho al resarcimiento de ese daño, e igualmente atendiendo que con el escrito de demanda se aportó tanto el dictamen de pérdida de capacidad laboral de mi poderdante, como el comprobante de pago de fecha 31 del mes de octubre del año 2016, el cual demostraba el salario devengado por la señorita **LEIDY SOFIA MONTAÑO**, para la época del accidente, se tiene acreditado la disminución patrimonial sufrida como ganancia frustrada de mi mandante, y en consecuencia los perjuicios reclamados por este concepto, tiene sustento probatorio, y los cálculos realizados van acorde a lo establecido jurisprudencialmente (ver entre otras la sentencia del 20 de enero de 2009, proferida por la Sala de Cas. Civil de la C.S.J., exp. 17001310300519930021501).

Señor Juez, conforme a lo previamente expuesto y teniendo como referencia los hechos y pruebas aportados con la demanda, las excepciones propuestas por la llamada en garantía, no están llamadas a

⁸ Definición tomada de la página del Ministerio de trabajo, en el siguiente link <https://www.mintrabajo.gov.co/relaciones-laborales/riesgos-laborales/perfil-del-director/juntas-de-calificacion-de-invalidez>

ARBHEY CAMILO CANTILLO MURCIA

ABOGADO

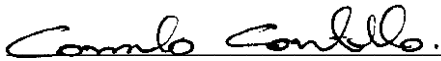
prosperar, por lo anterior es atribuible la responsabilidad de las demandas en el presente litis, por las omisiones en las que incurrieron.

PRETENSIÓN

Por todo lo expuesto anteriormente, de manera respetuosa le solicito se despachen desfavorablemente las excepciones propuestas por la llamada en garantía **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FINANZAS S.A –SEGUROS CONFIANZA S.A.**

Agradeciendo la atención prestada.

Del señor Juez, Atentamente,



ARBHEY CAMILO CANTILLO MURCIA

C.C. No. 1.083.874.186 de Pitalito

T.P. No. 229.637 del C.S.J.