



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TRECE CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE MEDELLÍN

Cinco (5) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Proceso	Verbal de Responsabilidad Civil
Demandante	Doris Estela Herrera Osorio y otros
Demandado	Medimas EPS y Cafesalud en Liquidación
Radicado	05001 31 03 013 2019 00230 00
Sentencia	No. 35
Decisión	Se condena solidariamente a las demandadas por falla en el servicio medico.

Como fuera informado en audiencia de instrucción y juzgamiento, se procede a dictar sentencia de acuerdo al sentido del fallo anunciado.

ANTECEDENTES

La demanda tiene origen en la muerte del señor Pedro Lisandro Ochoa Barrientos, ocurrida el 16 de septiembre de 2017, la cual se le enrostra a las EPS Medimas y Cafesalud en liquidación, con ocasión de la siguiente estrecha síntesis fáctica:

1. Que Pedro Lisandro era un paciente diagnosticado con falla hepática, razón por la que en abril de 2014 fue trasplantado. Su tratamiento incluía el suministro del medicamento UDCA, para evitar la obstrucción de los drenes biliares.
2. Que en enero de 2017, en cita de control en la Fundación Hospital San Vicente de Paul, IPS que venía tratándolo desde su trasplante, según la historia clínica; se encuentra alteración marcada del perfil hepático. También se hizo constar que la EPS dejó de suministrar el medicamento.
3. Que a partir del 22 de febrero, el paciente es hospitalizado múltiples veces. Y el 1º de marzo, su caso es analizado por Junta Médica del Hospital, que consideró que la única opción de tratamiento era el retrasplante, por lo que el día 7 de igual calendario, se decide iniciar el protocolo para lo propio.

4. Que en abril, su esposa se ve compelida a instaurar una acción de tutela ante la demora de la EPS para emitir la autorización. Pese a que se le ordenó a Cafesalud EPS, que en el término de 48 horas iniciara los trámites necesarios para proceder con el retrasplante, esta incumplió, por lo que fue sancionada por desacato.

5. Que el 8 de agosto, el Hospital San Vicente de Paúl remite a la EPS Medimas la cotización del procedimiento.

6. Que trascurrieron varios meses hasta la muerte, durante los cuales Pedro Lisandro, por el deterioro de su salud, tuvo que acudir insistentemente al hospital.

7. Que el 8 de septiembre ingresa para iniciar con el protocolo respectivo, pero finalmente fallece por el deterioro que su salud sufrió durante todos esos meses que estuvo a la espera de la realización del retrasplante.

7. Que el señor Ochoa Barrientos trabajaba en una finca como mayordomo, actividad por la cual recibía la suma de \$1.200.000 mensuales.

8. Que vivía con su esposa Doris de las Misericordias Herrera, su hijo biológico Andrey David y su hijo de crianza José Miguel Herrera, quienes han sufrido un daño irreparable con la muerte trágica e inesperada de quien fue un buen esposo y padre.

9. Que Pedro Lisandro para el momento de su muerte estaba afiliado a la EPS Medimás, en calidad de cotizante.

Con fundamento en estos hechos los actores pretenden:

1. Que se declare civil y solidariamente responsables a los demandados, y a la Fundación Hospitalaria San Vicente de Paúl, por la muerte de Pedro Lisandro Ochoa Barrientos.

2. Como consecuencia, se condene a los demandados a pagar los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, así: Por lucro cesante consolidado y futuro, la suma de \$358.635.280. Por daño moral para cada uno la suma de \$60.000.000, para un total de \$180.000.000. Por daño a la vida de relación igual cifra.

Admitida la demanda, luego de notificadas las demandadas y en virtud de lo dispuesto en auto del 20 de enero adiado, estas replicaron los hechos del libelo genitor y se opusieron a las pretensiones de los actores:

El Hospital San Vicente de Paúl invocó la inexistencia de culpa y nexo causal, pues no hay ningún reparo en la demanda, frente a las acciones de su personal médico; pero sí lo hay respecto a un tercero, concretamente, la EPS a la que se encontraba afiliado el paciente, que no autorizó el protocolo necesario para proceder con el trasplante.

Medimas informó que es ajena a la responsabilidad por la tardanza en la autorización del tratamiento que requería el paciente, pues para la época de los hechos, no existía relación jurídica entre ella y el señor Pedro Lisandro. Esta asumió el aseguramiento del de aquel solamente a partir del 1º de agosto de 2017. Siendo así, no tiene legitimación en la causa para resistir la pretensión.

De otro lado, advierte que esta clase de procedimientos conllevan un trámite supeditado a la disponibilidad de un órgano proveniente de un donante de cara a la lista de espera en la que debe estar inscrito el paciente. La cotización que le presentó el Hospital, no indicaba la existencia de aquél para el trasplante, ni la fecha de la intervención quirúrgica; siendo que el deterioro en la salud de Ochoa Barrientos venía mucho antes del 1º de agosto. Su oposición puede enmarcarse en las excepciones de mérito de inexistencia de culpa y de nexo causal; las demás enunciadas tienen origen en los mismos hechos.

Cafesalud, igualmente, se opone a la prosperidad de las pretensiones, pues aduce haber prestado los servicios de salud requeridos por el paciente, con fundamento en que tuvo acceso a exámenes, medicamentos e intervenciones quirúrgicas. No hay nexo causal entre su conducta y el daño, siendo que este ocurrió cuando ya había cesado sus operaciones como aseguradora, lo que indica que el hecho es responsabilidad de un tercero, en consecuencia, no tiene obligación de indemnizar.

Advierte sobre la falta de competencia de este despacho para declarar la acreencia en virtud del fuero de atracción que opera con ocasión de la Resolución No. 007172 del 22 de julio de 2019 de la Superintendencia Nacional de Salud, en el marco del proceso liquidatorio.

Por último, todas las accionadas previenen de una excesiva tasación de perjuicios.

En punto a resolver el litigio bastan las siguientes,

CONSIDERACIONES

Es preciso, comenzar por advertir que no se atisba ningún vicio que pueda invalidar lo actuado hasta el presente procesal, de manera que se puede penetrar en el examen del asunto litigioso para decidirlo de fondo. Los presupuestos procesales todos están satisfechos, luego, no es necesario realizar pronunciamiento particularizado.

Suficientemente decantado está que, la prosperidad de la acción por responsabilidad civil, cualquiera que sea la clase¹, está condicionada a la demostración de los siguientes presupuestos: (i) daño, (ii) culpa y (iii) nexo de causalidad. La culpa se traduce en la acción u omisión negligente, imprudente o impericia que causa un daño, debiendo correlativamente existir una relación consecencial entre la conducta culposa y el daño; siendo mandatorio que quien pretenda obtener un fallo condenatorio a su favor, tenga una carga que no es otra que la de demostrar estos tres elementos.

En situaciones en las que se alega el incumplimiento de una obligación de medio, como suelen serlo las derivadas de los contratos por servicios médicos, *“el demandante deberá probar el incumplimiento, pero en este caso, la prueba del incumplimiento es al mismo tiempo la prueba de la culpa. Lo usual es que el incumplimiento de la obligación y la culpa del deudor, sean fenómenos distintos y bien diferenciables. Pero en este supuesto de cumplimiento defectuoso en la prestación de servicios profesionales, se identifican necesariamente esos dos elementos, de manera que demostrado el uno queda establecido el otro; incumplimiento o culpa es un mismo elemento o en otras palabras, aquel y esta se confunden en el comportamiento del deudor, pues, dado el contenido de estas prestaciones, la ejecución defectuosa lleva en sí misma el error de conducta.”*² Claro que, en ocasiones, la carga de la prueba varía, según se trate de obligaciones de medio o de resultado.

¹ Contractual o extracontractual

² SUESCUN MELO, Jorge, “Derecho Privado” T.I. Estudio N° 9,2ª Ed., Legis, Bogotá, 2005, pág. 255 y ss.

Ciertamente, el reproche que en este juicio se hace, no consiste en el proceder de los galenos que tuvieron a cargo la salud de la víctima, sino, en la parsimonia de las entidades demandadas, así: Las EPS porque dilataron la autorización del protocolo para el trasplante hepático y, la IPS porque (i) tardó en la realización de los trámites administrativos ante la nueva aseguradora -Medimas-, pues solo hasta el 8 de agosto remitió la cotización del tratamiento y, (ii) recibida la autorización el 1º de septiembre, solo hasta el día 8, activó el protocolo. Demora que desencadenó una mengua en la salud de Ochoa Barrientos que, finalmente, terminó con su vida antes de recibir el tratamiento. Siendo así, como en efecto lo es, la obligación es del juez de las de resultado, cual no era otro que, autorizar tempestivamente el protocolo para iniciar con el proceso previo necesario para el trasplante que había sido ordenado por los médicos tratantes; es decir, la IPS Fundación Hospital San Vicente de Paúl en junta ocurrida en marzo de 2017. Y es que el resultado esperado -el permiso administrativo-, no pendía de la suerte o el azar, sino, exclusivamente, de la voluntad del deudor -EPS-.

Conviene evocar la sentencia de septiembre 13 de 2002, magistrado ponente Nicolás Bechara Simanca, en la que la Corte Suprema de Justicia enfatiza que lo fundamental es identificar el contenido y el alcance del contrato de prestación de servicios médicos celebrado en el caso concreto, ya que de él emanan los deberes jurídicos que debió asumir el personal de la salud, de donde se deriva el comportamiento de la carga de la prueba en torno a los elementos que configuran su responsabilidad y, en específico, la culpa; porque puede que exista un régimen jurídico excepcional que no corresponda al indicado en el inciso final del Art. 1604 del C. Civil, por lo que no es prudente, sentar precisos criterios de evaluación probatoria, porque es el alcance del contrato particularmente celebrado, el que ofrecerá los elementos para identificar cuál fue la prestación prometida y, el que permitirá establecer la relación de causalidad con el daño sufrido por el paciente.

Asunto que cobra relevancia, de cara a establecer el régimen probatorio, como quiera que, si se trata de este tipo de prestaciones, el actor queda relevado de demostrar la culpa; serán, entonces, los enjuiciados, quienes acrediten que cumplieron a cabalidad con los deberes que les imponía, bien el contrato, ora la ley³. Como se explicó sucintamente en audiencia celebrada en días pasados, la historia clínica revela una verdad irrefutable: la entidades promotoras de salud incumplieron la obligación de prestar el servicio en las condiciones que les impone la ley, esto es, de manera oportuna,

³ Ley 100 de 1993 por la cual se establece el Sistema de seguridad Social Integral.

como quiera que transcurrieron aproximadamente seis meses entre la orden de los facultativos y la autorización del procedimiento; tiempo durante el cual, la salud del paciente se fue disminuyendo de manera progresiva hasta apagarse su vida por completo. Documento este que es de total importancia y que no fue objeto de mácula alguna. Además, los testimonios de los doctores que atendieron a Pedro, así lo explicaron delante del estrado: "entre más tiempo pasara más riesgo de deterioro del paciente hay", de este talante fue el dicho de Luis Guillermo Toro Rendón. La hepatóloga Elizabeth María Gutiérrez categóricamente afirmó que sí hubo tardanza de la EPS para autorizar el protocolo. También lo dejó claro el perito, quien adujo que, paladino resultaba de la historia clínica, la dilatación que en el tiempo se dio al tratamiento que necesitaba Ochoa Barrientos.

No obstante, ningún reproche merece el desempeño de la Fundación Hospitalaria San Vicente de Paúl -IPS-. Aunque el libelo introductor no lo deja claro, se sugiere retardo entre la autorización que para el procedimiento, al fin, emitió la EPS Medimás y, el inicio del protocolo necesario para hacer el segundo trasplante de hígado; así lo enarbó en sus alegatos el abogado de los demandantes, quien adujo que el Hospital demoró 4 días verificando el pago, antes de proceder con la activación del protocolo. Manifestación que quedó huérfana de prueba; por el contrario, evidenciado quedó con la explicación del testigo técnico doctor Toro Rendón, que el proceder del Hospital fue más que célere, siendo que el plazo, según la normatividad colombiana, es de hasta tres meses para dar inicio a aquel, una vez se recibe el permiso administrativo de la aseguradora; lo que ocurrió según este dicho, al parecer, 4 días antes de la citación del paciente. Y es que el protocolo incluye multiplicidad de ayudas diagnósticas con la coordinación de diferentes especialidades, verbigracia, hepatología, cirugía, anestesiología, trabajo social, maxilofacial, nutrición, etc. (Minuto 1:53 Video No.2). Adicionalmente, también invoca el togado, que el Hospital no debió sujetar el tratamiento que necesitaba Pedro Lisandro, a la plurimencionada autorización, sin embargo, tal aseveración, desconoce la complejidad de aquél y que, el diagnóstico no estaba catalogado como urgencia 0, para poder proceder de la manera en que lo quiere atribuir la parte actora. Y es que, no tratándose de una urgencia vital, no había fundamento normativo para obviar el aval de la aseguradora. Se abre paso así, la excepción de inexistencia de culpa y nexo causal frente a la IPS.

Son pues las EPS acá vinculadas, quienes deben arrostrar las pretensiones de los demandantes. Y no una de ellas sino ambas, en virtud de la cesión que entre Cafesalud

y Medimas operó, que las hace solidariamente responsables. No cabe duda alguna, fue Cafesalud la entidad que más retardó la autorización del tratamiento que requería Pedro Lisandro, de hecho, hay un mandato en sede de tutela en su contra que nunca cumplió, incurriendo con su conducta omisiva, no solo en desacato a autoridad judicial sino, además, en la comisión de un daño -muerte-; pues la relación sustancial de aseguramiento entre Medimas y la víctima solo surgió el 1º de agosto. Pero aun así, la nueva aseguradora también dilató por espacio de un mes, la venía que desde marzo imploraba el paciente.

Al margen de ello, esto es, de los tiempos que asumieron cada una de las empresas promotoras de salud, oponiendo barreras administrativas para la prestación efectiva del servicio, las dos entidades están, respecto de los pacientes cedidos, estrechamente vinculadas por la cesión del contrato de aseguramiento, lo que significa que hubo una transferencia de la posición o relación contractual de Cafesalud a Medimas. La primera transfirió a la segunda, no solo los créditos que a su favor tenía, sino, también, las obligaciones que a su cargo y a favor de terceros estaban vigentes o, incluso, las deudas y las contingencias. Así se dispuso en la Resolución No. 2426 de 2017, mediante la cual la Superintendencia Nacional de Salud aprobó el Plan de Reorganización Institucional propuesto por Cafesalud, el cual comprende la creación de Medimás: "*Aprobar la cesión de los activos, pasivos y contratos asociados a la prestación del servicio de salud del plan de beneficios descritos en la solicitud, así como la Habilitación como Entidad Promotora de Salud de Cafesalud S.A. ... a la sociedad MEDIMAS EPS S.A.S ... en su calidad de beneficiaria del Plan de Reorganización propuesto [...]*".

Según las voces del artículo 887 del C. de Comercio "*En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución.*

La misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados intuitu personae, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido."

Puestas de este modo las cosas, es claro que Medimas asumió la posición contractual de aquella. Lo acontecido fue la sustitución *in genere*, total, de una de las partes de la relación jurídica -EPS Cafesalud- por un tercero -EPS Medimas-, que se subroga en los derechos y obligaciones de la primera, por medio de la modificación del contrato originario. Dicho de otra manera, se reemplazó totalmente una parte en su posición contractual hontanar, sin que sea precisa la transferencia individual de cuantos derechos y obligaciones conforman la universalidad jurídica a ceder.

Lo que aconteció entre Cafesalud y Medimas, fruto de un proceso de reorganización, en el marco de la obligación que tiene el Estado de vigilar el servicio de salud que prestan entidades tanto públicas como privadas; fue una transmisión global de la posición jurídica; lo que se traduce, en el conjunto de efectos contractuales que del vínculo entre aquella y sus asegurados se derivan. En efecto, la diferencia fundamental entre la cesión de un contrato y la de un crédito, es el agrupamiento de las prestaciones, sin necesidad de celebrar tantos negocios como créditos y obligaciones surjan de aquella relación jurídica. Por lo que, para nada importa que se haya incluido o no los litigios pendientes o sobrevinientes dentro del listado de pasivos. Corolario, el alegato de la abogada de Medimas respecto a que esta "no es cesionaria de pasivos contingentes derivados del aseguramiento en salud prestado por Cafesalud hasta el 31 de julio de 2017", resulta anodino. La cesión de contratos no se limita a una transmisión de créditos y deudas, es el traspaso de una conexión contractual en su unidad, con el conjunto de derechos y obligaciones que contiene, sin necesidad de realizar una serie de transmisiones separadas de pasivos y activos. La finalidad de este tipo de operaciones, no es otra que el tercero cesionario -Medimas-, adquiera los derechos y contraiga las obligaciones del contratante cedente -Cafesalud-, frente al contratante cedido -asegurado-, dentro de la unión convencional inicialmente pactada.

La doctrina ha discurrido suficiente respecto a este tipo de operaciones, que encuentran justificación en el interés económico de los mercados; y es que, aunque se trate de una actividad vigilada por el Estado, la salud no deja de ser un negocio para los particulares que se dedican a ella, en cuanto les representa unas utilidades. Por lo que, el marco normativo, además del propio del Sistema de Seguridad Social, es el establecido en el Código de Comercio, teniendo en cuenta que la norma especial no regula las consecuencias de la cesión del contrato, frente a obligaciones derivadas de procesos por responsabilidad civil. En este orden de ideas, el artículo 893 de la norma en ciernes,

establece que: *"Si el contratante cedido hace la reserva de no liberar al cedente, al autorizar o aceptar la cesión o al serle notificada, en el caso de que no la haya consentido previamente, podrá exigir del cedente el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato cuando el cesionario no las cumpla, pero deberá poner el incumplimiento en conocimiento del cedente dentro de los diez días siguientes a la mora del deudor.*

Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los casos en que la ley autorice la cesión sin previa aceptación o notificación."

Pues bien, una de las facultades que tiene el contratante cedido -asegurado- es la de no liberar al cedente -Cafesalud-, y cobra mayor relevancia en tratándose de la comercialización de la salud, vista desde un genuino sentido económico; cuyo objeto no es otro que, proteger los intereses del contratante cedido, esto es, de los afiliados-asegurados. Pero también, propicia el equilibrio económico de la relación contractual, en cuanto vincula al cedente al cumplimiento de las obligaciones; en tanto que atentaría contra este, compeler solamente al cesionario a responder por daños que se causaron con anterioridad a la transferencia aludida. Al fin y al cabo, la responsabilidad de uno u otro no puede quedar sometida al arbitrio de los contratantes en la cesión, pues no puede obviarse que el afiliado-asegurado, pese a que no hace parte del acto jurídico, si lo es del contrato cedido.

La cesión que ahora ocupa la atención de esta instancia judicial, se insiste, tiene origen en el marco de los deberes legales de vigilancia y control que tiene que hacer el Estado, según los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, del Sistema de Seguridad Social en Salud; en cuyo cumplimiento aprobó el plan de reorganización institucional que le presentó Cafesalud, que incluía la liquidación de esta y la creación de una nueva EPS. Pero dado el carácter especial de esta actividad -prestación del servicio de salud-, el asegurado no podía liberar de responsabilidad al cedente, pues la notificación de la cesión se realizó en un diario de circulación nacional, pero no para estos efectos, sino de simple conocimiento para la libre escogencia de aseguradora. De manera que, asoma indiscutible que tanto Cafesalud como Medimas deben asumir la falla en el servicio en la que se incurrió durante la ejecución del contrato. Dicho de otra forma, la responsabilidad que se pueda derivar de la prestación del servicio que en su momento hizo Cafesalud, no está sometida al arbitrio de las partes contratantes -EPS-; esto es, el cedente no

puede librarse de ella en virtud de la cesión; pensar lo contrario, equivaldría a que, cualquier contratante, pueda eludir su responsabilidad sustituyendo su posición en la relación sustancial; salvo, claro está, que el contratante cedido lo exonere.

Colofón, Medimás sí tiene legitimación en la causa, toda vez que, Cafesalud y ella son responsables solidariamente en virtud de la cesión del contrato de aseguramiento.

Volviendo en torno a la culpa, la abulia de las EPS demandas asoma al rompe, lo dijo el perito, lo dijeron los testigos, especialmente la doctora Luisa Fernanda Calle; pero aparece como verdad de Perogrullo en la Historia Clínica. Seis meses tardó la autorización, ni siquiera la orden de un juez constitucional hizo que las EPS actuaran como lo imponía la Constitución, la ley y la jurisprudencia. Y que este incumplimiento fuera la causa de la muerte de Pedro Lisandro, también es conclusión que luce diamantina, porque ningún galeno dudó en la procedencia y efectividad del tratamiento. Repárese en que las posibilidades de éxito se delimitaron por los facultativos alrededor de un 70%, por tratarse de un segundo trasplante, pues en el caso del primero, la supervivencia es entre el 85 y el 90%. De acuerdo a los análisis realizados por el comité médico, Pedro Lisandro era candidato apto para el re-trasplante. Dijo la doctora Elizabeth María Gutiérrez: "nosotros hacemos unos *scores* pronósticos y si esos *scores* pronósticos nos dan mayores del 50%, el paciente es candidato a trasplante, si nos dan menores de eso, la indicación ya no es trasplante, porque quiere decir que no tendría utilidad (...). Con Pedro, con todas las comorbilidades, tendría posibilidades de un 60% a 80%". En idéntico sentido se pronunciaron los otros dos médicos. La doctora Luisa Fernanda Calle Tavera, mencionó, refiriéndose a las probabilidades de vida con un segundo trasplante (Minuto 11, segundo 30, Video No. 2): "hay un termino que se llama futilidad, y la futilidad en trasplante significa que si la mortalidad a cinco años va a ser superior al 50%, entonces usted considera que un trasplante es fútil; es decir, que esa mortalidad es inaceptablemente alta y que no tendría sentido someter a un paciente a un traslado que es un proceso tan grande". Y agregó (minuto 12, segundo 17): "...cuando un paciente que requiere un trasplante, no tiene que ser el primero o el segundo, un trasplante, su mortalidad a 5 años es superior al 50%, se considera que es una medida fútil; es decir, que cuando nosotros trasplantamos un paciente, queremos que por lo menos el 50% esté vivo a 5 años." Más contundente aun (minuto 13, segundo 58): "Cabe aclarar que la condición clínica del paciente cambia desde el momento en que se

solicita el trasplante y, cambia de manera dramática en ese tiempo; es decir, empeoró". Cuando el Juzgado indaga a la galena respecto a las consecuencias de una hipotética tempestividad en la autorización del retrasplante, iniciando con el protocolo y todo lo que ello conlleva; esto es, si lo propio hubiere mejorado las condiciones de salud de Pedro, la doctora Calle sentenció (Minuto 14, segundo 53): "...no dejaría de ser un paciente inmunosuprimido, pero durante la cirugía cambia la vía biliar y obviamente se cambia el hígado; entonces, no tendría su patología (...) su cirrosis, se le resolvería el problema biliar, porque se va la vía biliar enferma y obviamente tendrían que hacer una reconstrucción, que es una cirugía técnicamente un poquito más difícil de la arteria, pero que se hace, que es factible, que se ha hecho en muchas ocasiones y obviamente se le mejoraría la calidad de vida al paciente, puesto que la mayoría de las complicaciones de Pedro al final de su vida, eran secundarias a eso, a las complicaciones del injerto."

No cabe duda pues, a Pedro Lisandro se le complicó el primer trasplante; pero aun así, pese al resto de las comorbilidades (neoplasia, diabetes, entre otras); sus posibilidades de vida con un segundo trasplante, fueron reales, ciertas, más allá de una mera expectativa seria; así fue considerado por los médicos tratantes, valga decir, no por uno, sino por un conjunto de profesionales expertos -junta médica-, se trataba de un tratamiento "*fútil*". Lo que significa que sus probabilidades de vida eran lo suficientemente altas como para considerar que merecía la pena el tratamiento y el riesgo de la cirugía; no habría razón, entonces, para enmarcar el daño en la anulación de una mera expectativa o chance, sino que, la muerte es consecuencia directa de la falta de tratamiento oportuno. La vida misma es incierta, no se sabe hasta cuando se tendrá, pero aun así, la ley auspicia la reparación del daño futuro (arts. 1613 y 1614 del C. Civil y art. 16 de la ley 446 de 1998). Piénsese, por ejemplo, en una persona hipertensa y diabética, que queda inválida como consecuencia de un accidente de tránsito que causa otro; ¿acaso no tendría derecho a ser indemnizada? O, si fallece una persona de 60 años productiva, ¿no tendrán derecho sus familiares a la indemnización?, porque quizá se considere que está en el ocaso ya de sus años. No. La indemnización para ser equitativa, como lo establece la norma en cita; según las reglas de la experiencia, ha de tasarse con base en las condiciones existentes para el momento en que se produce el hecho y lo que se espera, razonablemente, de acuerdo a estas circunstancias. Pues bien, en el caso que ahora ocupa la atención de esta instancia judicial, puede afirmarse, según el criterio de los especialistas, que el paciente no solo hubiese sobrevivido, sino que, hubiere mejorado sus condiciones de vida.

Visto lo anterior, los hechos sobre los cuales se fundan las excepciones no lograron acreditarse, inclusive, lo que el juicio reveló fue lo opuesto: existencia de culpa y nexo causal. Los demandados no tuvieron éxito en la demostración del cumplimiento de la obligación -de resultado-. Corolario, se declarará la responsabilidad solidaria de Cafesalud y Medimas, frente al daño irrogado a los demandantes. Y para liquidar el perjuicio, se tendrá en cuenta las posibilidades de sobrevivencia que anunciaron los testigos técnicos, esto es, de un 70% para el primer año y de un 50% a cinco años. Quiere decir, entonces, que el resultado total que arroje la liquidación, se reducirá en un 30%, en el primer año de lucro cesante y, a partir del quinto en adelante, 50%. Respecto a los perjuicios extrapatrimoniales, no se aplicará reducción, toda vez que, la muerte ocurrió y es, como se dijo, consecuencia directa del incumplimiento de las demandadas. Como quiera que no existe un criterio científico, para determinar las probabilidades de vida de Pedro Lisandro después de transcurridos cinco años del trasplante, se debe acudir al criterio de equidad; y como los únicos datos objetivos con los que se cuenta son los cálculos que manifestaron los galenos, pues es a ellos que debe acudirse para poder tasar la pérdida, para no caer en el abismo de la arbitrariedad; pues en todo caso, este principio del derecho es la diana de la reparación de perjuicios.

Expuestas estas razones en punto a la forma de calcular la indemnización, procédase a lo propio: La suma de dinero percibida por Pedro Lisandro Ochoa por las labores prestadas en la finca del señor John Jaime Herrera, era de \$1.200.000; así está demostrado con la certificación que este expidió y la ratificación que hizo del documento en la audiencia de instrucción. Si bien, Ochoa Barrientos tenía pensión de invalidez desde algunos años atrás, él continuó laborando en la finca de su cuñado, oficio que le representaba un ingreso económico; lo que además, se justifica, en la juventud, al menos en términos laborales, que le asistía.

El índice de renta, debe ser actualizado, toda vez que han transcurrido poco más de tres años desde el hecho generador del daño. IPC final, será el índice de precios al consumidor del mes de septiembre de 2020, como quiera que no ha sido publicado por el DANE, el correspondiente a los meses de octubre y noviembre. El IPC inicial, corresponderá al índice de precios al consumidor del mes de septiembre de 2017, fecha de la muerte del señor Pedro Lisandro Ochoa. Entonces, la fórmula a emplear es la

siguiente: $\frac{IPC\ final}{IPC\ inicial} * 1.200.000$, es decir: $\frac{IPC\ septiembre\ 2020^4}{IPC\ septiembre\ 2017}$

⁴ No ha sido publicado el IPC del mes de octubre por parte del DANE.

$$\frac{105.29}{96.36} * 1.200.000 = \mathbf{\$1.311.207}$$

Según inveterada jurisprudencia, a la suma de \$1.311.207, debe descontarse el valor correspondiente al 25%, por concepto de gastos personales de Pedro Lisandro Ochoa, esto es, la suma de: \$327.801, para una base de liquidación de \$983.406; cuyo 50%⁵ equivale a **\$491.703**, base para liquidar la indemnización de **DORIS ESTELA DE LAS MISERICORDIAS HERRERA**.

Respecto a los menores **ANDREY OCHOA** y **JOSÉ MIGUEL HERRERA**, la base para liquidar la indemnización equivale a **\$245.851**, en tanto que, a cada uno, corresponde el 25% de \$983.406.

Liquidación:

1. Lucro Cesante consolidado.

PARA DORIS ESTELA DE LAS MISERICORDIAS HERRERA OSORIO:

Periodo a indemnizar: los meses transcurridos entre la muerte de Pedro Lisandro y la fecha de esta sentencia.

Datos:

- Fecha de muerte de Pedro Lisandro: 16 de septiembre de 2017
- Fecha sentencia: 5 de noviembre de 2020

Total de días a indemnizar: 37 meses

$$LCC: Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

Ra: renta actualizada: 491.703

i: Interés puro corriente: 0.005

n: Meses a liquidar: 37

$$LCC: 491.703 \frac{(1 + 0.005)^{37} - 1}{0.005}$$

$$LCC: 491.703 \frac{(1.005)^{37} - 1}{0.005}$$

⁵ La demandante solicitó para sí, la suma equivalente al 50% de los ingresos del señor Pedro Lisandro

$$LCC: 491.703 \frac{1.20266 - 1}{0.005}$$

$$LCC: 491.703 \frac{0.20266}{0.005}$$

$$LCC: 491.703 * 40.532$$

LCC: \$19.929.705 Valor del lucro cesante consolidado

PARA ANDREY DAVID OCHOA HERRERA y JOSÉ MIGUEL HERRERA OSORIO:

Periodo que indemnizar: los meses transcurridos entre la muerte de Pedro Lisandro y la fecha de esta sentencia.

Atendiendo a que cada uno solicitó el 25% de la base de liquidación del señor Pedro Lisandro, es decir, en conjunto el 50% restante, y que a Doris Herrera le correspondió la suma de \$19.929.705, entonces, corresponde por **lucro cesante consolidado** a:

Andrey David Ochoa Herrera, la suma de \$9.964.852 (equivalente al 25%)

José Miguel Herrera Osorio, la suma de \$9.964.852 (equivalente al 25%)

2. Lucro cesante futuro:

PARA DORIS ESTELA DE LAS MISERICORDIAS HERRERA OSORIO:

El lucro cesante futuro para Doris Estela, se calculará en 2 momentos o periodos, así:

2.1. Primer periodo a indemnizar: A partir de la fecha de esta sentencia y, hasta que el menor Andrey David Ochoa, alcance la edad de 25 años.

Datos:

- Fecha de la sentencia: 5 de noviembre de 2020
- Fecha de nacimiento de Andrey David Ochoa: 29 de abril de 2008
- Fecha en la que Andrey David Ochoa cumplirá los 25 años: 29 de abril de 2033.

Total de días a indemnizar: 149 meses.

$$LCF: Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$$

n: Número de meses transcurridos desde la fecha de la sentencia y la fecha en que Andrey David Ochoa alcanzaría la edad de 25 años: 149 meses.

Deberá tenerse en cuenta las probabilidades de vida del señor Pedro Lisandro Mesa, con ocasión al retrasplante; en términos porcentuales, así:

Al primer año del retrasplante, probabilidad de vida del 70% (dado que la probabilidad ante un primer trasplante es del 90%), de manera que se hará un cálculo inicial hasta por 4 años (48 meses); reconociéndose el 70% del valor de la indemnización que resulte.

Al quinto año del retrasplante, probabilidad de vida del 50% (dado que la probabilidad ante un primer trasplante es del 70%). El segundo cálculo se hará a partir del quinto año y hasta el límite de meses establecido, esto es, 101 meses (se descuentan los 48 meses anteriores), reconociéndose el 50% del valor de la indemnización que resulte, que era el porcentaje de probabilidad de vida de Pedro.

Primer cálculo:

$$LCF: 491.703 \frac{(1 + 0.005)^{48} - 1}{0.005 (1 + 0.005)^{48}}$$

$$LCF: 491.703 \frac{(1.005)^{48} - 1}{0.005 (1.005)^{48}}$$

$$LCF: 491.703 \frac{1.27048 - 1}{0.005 * 1.27048}$$

$$LCF: 491.703 \frac{0.27048}{0.00635}$$

$$LCF: 491.703 * 42.59527$$

LCF: \$20.944.222 Valor del lucro cesante futuro (i)

Cuyo 70% equivale a: \$14.660.955

Segundo cálculo:

$$LCF: 491.703 \frac{(1 + 0.005)^{101} - 1}{0.005 (1 + 0.005)^{101}}$$

$$LCF: 491.703 \frac{(1.005)^{101} - 1}{0.005 (1.005)^{101}}$$

$$LCF: 491.703 \frac{1.65490 - 1}{0.005 * 1.65490}$$

$$LCF: 491.703 \frac{0.65490}{0.00827}$$

$$LCF: 491.703 * 79.18984$$

LCF: 38.937.881 Valor del lucro cesante futuro (ii)

Cuyo 50% equivale a: \$19.468.940

2.2. Segundo periodo a indemnizar: A partir de los 25 años de Andrey David Ochoa y hasta la vida probable de Pedro Lisandro Ochoa.

Datos:

- Fecha de nacimiento de Pedro Lisandro: 9 de agosto de 1980
- Fecha de muerte de Pedro Lisandro: 16 de septiembre de 2017
- Edad a la que murió Pedro: 37 años.

De acuerdo a la Resolución No. 1555 de 2010, expedida por la Superintendencia Financiera, la expectativa de vida de un hombre en Colombia, a la edad de 37 años, es de 43.7 años, que, convertido en meses, equivalen a 524.4 meses. Sin embargo, deben restarse los 37 meses que se tuvieron en cuenta para la liquidación del lucro cesante consolidado⁶, menos 149 meses que fueron tenidos en cuenta para el primer periodo del lucro cesante futuro.

Total de días a indemnizar: 338.4 meses.

⁶ De la fecha de la muerte a la fecha de la sentencia.

Esta vez, la base de liquidación se hace por el 100% de la renta, es decir, por \$983.406, pues, para esa fecha (29 de abril de 2033) José Miguel Herrera, también habría alcanzado los 25 años. Esto es, para Doris Estela, se acrecentaría el restante 50%.

Sin embargo, atendiendo nuevamente a las probabilidades de vida de Pedro Lisandro Ochoa, que a partir del quinto año de retrasplante, equivaldrían a un 50%, en ese porcentaje se reducirá la indemnización que resulte.

$$LCF: Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$$

n: Número de meses transcurridos desde la fecha en que Andrey David Ochoa alcanzaría la edad de 25 años y hasta la fecha de vida probable de Pedro Lisandro Ochoa.

$$LCF: 983.406 \frac{(1+0.005)^{338.4} - 1}{0.005(1+0.005)^{338.4}}$$

$$LCF: 983.406 \frac{(1.005)^{338.4} - 1}{0.005(1.005)^{338.4}}$$

$$LCF: 983.406 \frac{5.40748 - 1}{0.005 * 5.40748}$$

$$LCF: 983.406 \frac{4.40748}{0.02703}$$

$$LCF: 983.406 * 163.05882$$

LCF: \$160.353.021 Valor del lucro cesante futuro

Cuyo 50% equivale a: \$80.176.510

PARA ANDREY DAVID OCHOA HERRERA:

Periodo que indemnizar: A partir de la fecha de la sentencia, hasta la edad de 25 años.

Nótese que este cálculo ya se efectuó con Doris Estela en el segundo periodo de indemnización del lucro cesante futuro.

Total de días a indemnizar: 149 meses

$$LCF: Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$$

n: Número de meses transcurridos desde la fecha de la sentencia y la fecha en que Andrey David Ochoa alcanzaría la edad de 25 años: 149 meses.

Deberá tenerse en cuenta las probabilidades de vida del señor Pedro Lisandro Mesa, con ocasión al retrasplante en términos porcentuales, así:

Al primer año del retrasplante, probabilidad de vida del 70% (dado que la probabilidad ante un primer trasplante es del 90%), de manera que se hará un cálculo inicial hasta por 4 años (48 meses), reconociéndose el 70% del valor de la indemnización que resulte.

Al quinto año del retrasplante, probabilidad de vida del 50% (dado que la probabilidad ante un primer trasplante es del 70%). El segundo cálculo se hará a partir del quinto año y hasta el límite de meses establecido, esto es, 101 meses (se descuentan los 48 meses anteriores), reconociéndose el 50% del valor de la indemnización que resulte, que era el porcentaje de probabilidad de vida de Pedro.

Primer cálculo:

$$LCF: 245.851 \frac{(1 + 0.005)^{48} - 1}{0.005 (1 + 0.005)^{48}}$$

$$LCF: 245.851 \frac{(1.005)^{48} - 1}{0.005 (1.005)^{48}}$$

$$LCF: 245.851 \frac{1.27048 - 1}{0.005 * 1.27048}$$

$$LCF: 245.851 \frac{0.27048}{0.00635}$$

$$LCF: 245.851 * 42.59527$$

LCF:\$10.472.089 Valor del lucro cesante futuro (i)

Cuyo 70% equivale a: \$7.330.462

Segundo cálculo:

$$LCF: 245.851 \frac{(1 + 0.005)^{101} - 1}{0.005 (1 + 0.005)^{101}}$$

$$LCF: 245.851 \frac{(1.005)^{101} - 1}{0.005 (1.005)^{101}}$$

$$LCF: 245.851 \frac{1.65490 - 1}{0.005 * 1.65490}$$

$$LCF: 245.851 \frac{0.65490}{0.00827}$$

$$LCF: 245.851 * 79.18984$$

LCF: 19.468.901 Valor del lucro cesante futuro (ii)

Cuyo 50% equivale a: \$9.734.450

2. PARA JOSÉ MIGUEL HERRERA:

Periodo a indemnizar: A partir de la fecha de la sentencia y hasta la edad de 25 años.

Datos:

- Fecha de la sentencia: 5 de noviembre de 2020
- Fecha de nacimiento de José Miguel Herrera: 12 de septiembre de 2003
- Fecha en la que José Miguel Herrera cumplirá los 25 años: 12 de septiembre de 2028.

$$LCF: Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i (1 + i)^n}$$

n: Número de meses transcurridos desde la fecha de la sentencia y la fecha en que Andrey David Ochoa alcanzaría la edad de 25 años.

Total de días a indemnizar: 94 meses

Sin embargo, atendiendo a las probabilidades de sobrevivencia del señor Pedro Lisandro Ochoa al primer año de retrasplante, se hará un cálculo inicial hasta por 4 años (48 meses), reconociéndose el 70% del valor de la indemnización que resulte, que es el porcentaje de probabilidad de vida de aquél.

El segundo cálculo se hará a partir del quinto año y hasta el límite de meses establecido, esto es, 46 meses (se descuentan los 48 meses anteriores), reconociéndose el 50% del valor de la indemnización que resulte, que es el porcentaje de probabilidad de vida de Pedro.

Primer cálculo:

$$LCF: 245.851 \frac{(1 + 0.005)^{48} - 1}{0.005 (1 + 0.005)^{48}}$$

$$LCF: 245.851 \frac{(1.005)^{48} - 1}{0.005 (1.005)^{48}}$$

$$LCF: 245.851 \frac{1.27048 - 1}{0.005 * 1.27048}$$

$$LCF: 245.851 \frac{0.27048}{0.00635}$$

$$LCF: 245.851 * 42.59527$$

LCF: \$10.472.089 Valor del lucro cesante futuro (i)

Cuyo 70% equivale a: \$7.330.462

Segundo cálculo:

$$LCF: 245.851 \frac{(1 + 0.005)^{46} - 1}{0.005 (1 + 0.005)^{46}}$$

$$LCF: 245.851 \frac{(1.005)^{46} - 1}{0.005 (1.005)^{46}}$$

$$LCF: 245.851 \frac{1.25787 - 1}{0.005 * 1.25787}$$

$$LCF: 245.851 \frac{0.25787}{0.00628}$$

$$LCF: 245.851 * 41.06210$$

LCF: \$10.095.158 Valor del lucro cesante futuro (ii)

Cuyo 50% equivale a: \$5.047.579

En lo que corresponde a los perjuicios extrapatrimoniales, descátese de una vez, el daño a la vida de relación. Este ha sido definido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, acogiendo la tesis adoptada de tiempo atrás por el Consejo de Estado colombiano, como una afectación a la esfera exterior de la persona, que puede verse alterada, en mayor o menor grado, a causa de una lesión infligida a los bienes de la personalidad o a otro tipo de intereses jurídicos, en desmedro de lo que la Corte, en su momento, denominó actividad social patrimonial. Parafraseando a esta Corporación, en sentencia del 13 de mayo de 2008, M.P. Julio Cesar Valencia Copete; esta especie de perjuicio se hace notorio en la disminución o menoscabo de la calidad de vida de la víctima, se traduce en la imposibilidad o dificultad de relacionarse con las personas y las cosas; es decir, que la existencia no se disfruta igual que antes por la privación que padece el afectado para desplegar las más elementales conductas que en forma cotidiana o habitual realizaba. Dicho en otras palabras, quien sufre un daño a la vida de relación, se ve forzado a llevar una existencia en condiciones más complicadas o exigentes que los demás, en tanto que, debe enfrentar circunstancias y barreras anormales, a causa de las cuales, hasta lo más simple, se puede tornar difícil. Se refleja en la víctima directa y, eventualmente, en sus familiares más cercanos; pero que en todo caso, supone, la existencia de la persona lesionada porque, precisamente, es esta, la existencia misma, la que variará negativamente, en términos de disfrute. Y elemental es que, si acá la víctima directa falleció no hay lugar a considerar pretensión de este jaez; pues no puede obviarse que aunque la indemnización de perjuicios debe ser integral, el daño debe ser cierto. Por lo que hay lugar a reconocer la excepción denominada excesiva tasación de perjuicios. Y es que, a decir verdad, la colección de pruebas a lo que apuntan es a un dolor por el hecho mismo de la muerte, pero la alteración de la existencia y disfrute de la vida de los demandantes.

Para rematar la cuestión de tasación de perjuicios, el daño moral es indiscutible; la congoja, tristeza y desazón que nos deja la muerte de un ser tan querido, como lo es, según las reglas de la experiencia, el cónyuge y padre de los hijos. Sentimientos a los que se debe sumar los de impotencia, rabia y, en general, mohína; que debieron experimentar Doris, José Miguel y Andrey, viendo como la vida de Pedro Lisandro se apagaba poco a poco, mientras los días pasaban sin que la aseguradora -EPS- diera la autorización para que le realizaran el tratamiento que necesitaba para recuperar su salud, de cara a la edad que aquel tenía -37 años-, lo que suele atormentar más aún a los seres humanos cuando se enfrentan a un suceso como el óbito, pues con el se aniquila la esperanza de conservar a su lado al ser querido. Por lo que resulta justo asignar por daño moral a Doris Herrera la suma equivalente a 90 salarios mínimos legales mensuales vigentes; empero, como la petición solo fue por \$60.000.000, al amparo del principio procesal de congruencia impuesto en el art. 281 del Código General del Proceso, ese será el límite. Para cada uno de los hijos, se tasarán en la cifra de 70 salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin embargo, como ocurre igual cosa respecto a la pretensión, se condenará solo a \$60.000.000 para cada uno.

Cabe advertir acá, que no resulta equitativo en este rubro, distinguir a los hijos por el parentesco de consanguinidad, pues demostrado quedó en el juicio, con la declaración de la madre y tío aquellos, que Pedro Lisandro acogió bajo su seno a José Miguel desde temprana edad, lo crió, educó y dio amor tal cual se lo dispensó a Andrey, su hijo biológico.

En conclusión, se accederá las pretensiones de la demanda, pero solamente resultarán condenadas solidariamente, al pago de los perjuicios, la EPS Medimas y Cafesalud en liquidación.

Para finalizar, frente a la conducta procesal de las partes, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 280 del C.G.P, no se hará pronunciamiento, toda vez que que no hay indicio alguno que pueda deducirse y tenga relevancia de cara al sustento jurídico de esta decisión.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Juzgado Trece Civil del Circuito de Oralidad de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA

PRIMERO: Declarar solidariamente responsables a Medimas EPS S.A.S. y a Cafesalud EPS en liquidación, de los perjuicios ocasionados a DORIS ESTELA DE LAS MISERICORDIAS HERRERA OSORIO, JOSÉ MIGUEL HERRERA OSORIO y ANDREY DAVID OCHOA HERRERA con la muerte de PEDRO LISANDRO OCHOA BARRIENTOS.

SEGUNDO: Declarar probada la excepción de inexistencia de culpa frente a la Fundación Hospitalaria San Vicente de Paúl-Rionegro.

TERCERO: Declarar probada la excepción de tasación excesiva de perjuicios.

CUARTO: Condenar a Medimas EPS S.A.S. y a Cafesalud EPS en liquidación, a pagar a los demandantes las siguientes sumas de dinero:

Por lucro cesante consolidado:

A DORIS ESTELA DE LAS MISERICORDIAS HERRERA OSORIO \$19.929.705

A JOSÉ MIGUEL HERRERA OSORIO \$9.964.852

ANDREY DAVID OCHOA HERRERA \$9.964.852

Por lucro cesante futuro:

A DORIS ESTELA DE LAS MISERICORDIAS HERRERA OSORIO \$114.306.405

A JOSÉ MIGUEL HERRERA OSORIO \$12.378.041

A ANDREY DAVID OCHOA HERRERA \$17.064.912

Por daño moral:

A DORIS ESTELA DE LAS MISERICORDIAS HERRERA OSORIO \$60.000.000

A JOSÉ MIGUEL HERRERA OSORIO \$60.000.000

A ANDREY DAVID OCHOA HERRERA \$60.000.000

QUINTO: Condenar en costas a Medimas EPS S.A.S. y a Cafesalud EPS en liquidación, en favor de la parte demandante, reducidas en un 20% en razón de la prosperidad de la excepción anunciada. Como agencias en derecho se fija la suma de \$33.000.000.

NOTIFÍQUESE



MARÍA CLARA OCAMPO CORREA

JUEZ

Firmado Por:

MARIA CLARA OCAMPO CORREA

JUEZ CIRCUITO

JUZGADO 013 CIVIL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

59e517d67a3a6cacc18b0c644a844ead81f975935016478306b8cc31986050

3b

Documento generado en 05/11/2020 05:07:23 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>