

Magistrado Ponente: Marcos Román Guío Fonseca
Número de Radicación: 13001310300520180003901
Tipo de Decisión: Modifica numeral 4 de la sentencia.
Fecha de la Decisión: 16 de febrero de 2021
Proceso: Verbal- Responsabilidad Medica

RESPONSABILIDAD MEDICA/ La regla general es que la obligación del médico es de medio y no de resultado.

CULPA PROBADA/ La responsabilidad médica se configura a partir de la culpa probada del profesional y la carga probatoria está en quien alega el daño, sólo cuando se demuestra la culpa del médico, puede hallarse el nexo causal entre su conducta y el hecho que genera el daño reclamado por la víctima.

RESPONSABILIDAD/PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD/ Contiene un alea, debido a que no se sabe a ciencia cierta si el beneficio se habría obtenido o si por el contrario el daño pudo haberse evitado de no haber incurrido en una conducta culposa el demandado, luego, esa oportunidad perdida es fuente de responsabilidad.

PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD/APLICACIÓN/ Presupuestos axiológicos.

TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD/INDEMNIZACIONES/ En la mayoría de los casos, es dispendioso probar en términos de probabilidad el beneficio o chance perdido, lo que exige echar mano de la equidad con fundamento en lo probado en el asunto. Así lo ha decantado la jurisprudencia del Consejo de Estado.

CONTRATO DE SEGURO/ Amparo pactado.

FUENTE FORMAL/ Artículo 1604-3 del Código Civil, Decreto 1485 de 1994

FUENTE JURISPRUDENCIAL/ SC7110 de 24 de mayo de 2017 Radicación n.º 05001-31-03-012-2006-00234-01, *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 9 de septiembre de 2010. Expediente No. 17042-3103-001-2005-00103-01 M.P. William Namén Vargas, CSJ. Cas. civ. M.P. Margarita Cabello Blanco. Bogotá, 4 de agosto de 2014. Expediente No. 11001-31-03-003-1998- 07770-01, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, rad. 18593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, CSJ Civil sentencia de 9 julio de 2010, exp. 1999-02191-01, CSJ, Sal. Cas. Civil, sent. Feb. 28/90*

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL - FAMILIA**

**MARCOS ROMÁN GUÍO FONSECA
Magistrado Sustanciador**

**Cartagena de Indias D.C. y T., dieciséis (16) de febrero de
dos mil veintidós (2022).**

*(Proyecto discutido y aprobado en sesión virtual de 15 de febrero
de 2022)*

Proceso: Responsabilidad Médica
Demandante: Edwin Torres Jiménez
Demandado: COOMEVA E.P.S y otros
Rad: 13001310300520180003901

Se entra a resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante y la vocera judicial de COOMEVA E.P.S S.A. contra la sentencia de 4 de junio de 2021, proferida por el JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA, dentro del proceso de responsabilidad médica promovido por EDWIN TORRES JIMÉNEZ contra COOMEVA E.P.S. S.A. y CONFIANZA S.A.

I. ANTECEDENTES

1. EDWIN TORRES JIMÉNEZ, por conducto de apoderado judicial, promovió proceso de responsabilidad médica contra COOMEVA E.P.S. S.A. y COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. – CONFIANZA S.A.-, reclamando como pretensiones, en síntesis, que se declare civilmente responsable a la demandada por los perjuicios causados al demandante, como consecuencia, se condene al pago de los materiales y morales causados y, al pago de costas y gastos del proceso.

Como soporte fáctico de las pretensiones, se compendia:

a) En los primeros meses de 2015, sufrió dos traumas en su ojo izquierdo, por lo que el 9 de abril de esa anualidad fue atendido en la Clínica Oftalmológica de Cartagena, prescribiéndosele un TAC de órbita comparativo prioritario, que arrojó como resultado *“fractura del piso de la órbita izquierda deprimida con signos de atrapamiento de la grasa intra orbitaria estracornal y el musculo recto inferior”*.

b) El 2 de septiembre de 2015, fue remitido al cirujano maxilofacial, siendo valorado el 21 de octubre de ese mismo año por el galeno Erich López Aparicio, quien determinó la necesidad de intervención quirúrgica.

c) El 20 de noviembre de 2015, COOMEVA EPS S.A le suministró al demandante la orden médica para la realización de la cirugía, designando a la PROMOTORA BOCAGRANDE S.A. como la encargada de la intervención quirúrgica; no obstante, llegado el día la IPS le notificó la imposibilidad de realizar la cirugía por no tener para esa fecha contrato con la EPS demandada.

d) El demandante reanudó los trámites ante COOMEVA E.P.S, obteniendo solo hasta marzo de 2016 una nueva orden de cirugía para la IPS CLÍNICA CARTAGENA DEL MAR S.A, sin embargo, dicha entidad le informó que su médico tratante, y quien lo iba a intervenir, no tenía contrato con esa entidad, por ello la cirugía no podía efectuarse en ese centro de atención médica.

e) Desde abril de 2016, insistió a COOMEVA E.P.S. para lograr la práctica de la cirugía, pero ante la desatención de sus peticiones tuvo que recurrir a la acción de tutela para obtener las órdenes requeridas, lo cual fue concedida en sentencia del 14 de octubre de 2016 y posteriormente confirmado en sede de impugnación.

f) El 4 de abril de 2017, presentó incidente de desacato para el cumplimiento de la sentencia referida y solo con ocasión de la sanción impuesta, la E.P.S. se comunicó con el actor para reiniciar los trámites pertinentes para la cirugía.

g) El 31 de mayo de 2017, en consulta con su médico tratante, éste le explicó que las fracturas se habían consolidado y la alternativa quirúrgica no garantizaba la desaparición de la Diplopía después de dos años, por lo que, decidió no operarse.

h) Manifiesta que presenta visión limitada para trabajar en alturas, pues su visión hacia abajo y hacia arriba es dificultosa, no permitiéndole ver con claridad los objetos.

i) Solicitó calificación de pérdida de capacidad laboral, siendo esta determinada en un porcentaje del 11%.

j) Se desempeñaba en el cargo de instalador de tuberías industriales y en el año 2013 desempeñó el cargo de refractarista, ha realizado cursos que lo habilitan para trabajar en alturas y como trabajador de mano de obra calificada, devengando para el 2015 un salario de \$3.000.000. Para ese mismo año contaba con 31 años, con una vida útil laboral hasta los 87 años.

2. Una vez notificados, los demandados procedieron a contestar la demanda:

2.1. *COOMEVA E.P.S S.A.*: a través de apoderado, se opuso a las pretensiones de la demanda y, sobre los hechos afirmó que el paciente asistió a valoración por oftalmólogo, sin embargo, en la historia clínica no reposa fecha de traumas ni tipo de golpes, amén que el 14 de abril de 2015 le fue realizada de manera oportuna una ecografía ocular

que arrojó como resultado: *“cuadro compatible con cristalino en posición, mínimas opacidades vítreas, retina adherida, macula normal, mínimo aumento de la excavación del nervio óptico, aumento del espacio del tenon”*. Así mismo, afirmó que no son ciertos los hechos 8,9,10,12,13,15,16,20,21,28,29; y que son apreciaciones subjetivas del demandante los hechos 22,26,30 al 35.

Aduce que el doctor maxilofacial Erich López, quien operaría al demandante programó el procedimiento para el 8 de enero de 2016, y antes de la fecha señalada la IPS PROMOTORA BOCAGRANDE decidió suspender la cirugía por problemas personales del especialista, y ante la demora en reprogramar la cirugía por parte de la IPS, el 10 de marzo de 2016, autorizó los procedimiento quirúrgicos para ser realizados por su médico tratante en la IPS clínica CARTAGENA DEL MAR S.A, y que a pesar de los inconvenientes presentados por las IPS que tenían orden de cirugía aprobada, nunca dejó de gestionar el procedimiento.

Que si bien es cierto, el especialista le manifestó al demandante que la fractura había consolidado y la alternativa quirúrgica no garantizaba la desaparición de la Diplopía después de dos años, este no le indicó al actor que no debía operarse, por lo cual, no podría endilgarse incumplimiento en el contrato de prestación de servicios en salud, ya que el mismo usuario decidió no realizarse el procedimiento quirúrgico que le permitiría recuperar su visión.

Concluye, que el demandado laboró en una empresa luego de no aceptar ser operado, y encuentra desacertado el cálculo sobre la expectativa de vida del actor.

Formuló las excepciones de mérito: i) inepta demanda por ausencia de daño antijurídico, ii) ausencia de nexo de causalidad, iii) incumplimiento del demandante frente a los deberes y principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, iv) cumplimiento por

parte de Coomeva EPS de la prestación de servicios de salud al señor Edwin Torres Jiménez.

2.2. COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZA S.A. CONFIANZA: a través de apoderado, manifiesta que no le consta los hechos 1 al 32 de la demanda; que es cierto el hecho 33 y no es cierto el hecho 34, porque el seguro solo cubre la responsabilidad médica derivada de la mala praxis de la IPS y únicamente por daños causados durante la vigencia del contrato, en ese sentido se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

Propone como excepciones de mérito: i) inexistencia de solidaridad entre seguros confianza y Coomeva S.A E.S.P./ el contrato de seguros es autónomo y se hace efectivo solo cuando se declara el siniestro imputable al asegurado, las obligaciones de seguros confianza y de Coomeva no son solidarias, ii) inexigibilidad del seguro por ausencia de prueba del siniestro y su cuantía – perjuicios imputables al asegurado, iii) máximo valor asegurado – deducible a cargo del asegurado, iv) eventual disminución o agotamiento del valor asegurado para amparo de perjuicios morales.

II. EL FALLO DE INSTANCIA

El Juez de primera instancia declaró que COOMEVA E.P.S. S.A. y CONFIANZA, son civil y solidariamente responsable de los perjuicios causados al demandante a título de daños morales y materiales; declaró probada la excepción de mérito “máximo valor asegurado – deducible a cargo del asegurado” y “eventual disminución o agotamiento del valor asegurado para amparo de perjuicios morales” propuesta por CONFIANZA y desestimó el resto de excepciones propuestas por las demandadas.

En primer orden, precisó que se encontraba acreditado la prestación del servicio médico por parte de COOMEVA E.P.S., y por

tanto la carga que le correspondía de asumir la atención requerida por el demandante, lo cual fue aceptado por las partes.

De las pruebas adosadas al expediente evidenció, que existía un tiempo exagerado entre el 21 de octubre de 2015 fecha de la orden para la cirugía de

“DESCOMPRESION DE ORBITA VIA TECHO A PISO CON REDUCCION ABIERTA DE FRACTURA DE PISO Y CORRECCION DE PISO CON CURETAJE OSEO” y el 31 de mayo de 2017 data en que finalmente fue concretada la nueva cita con el especialista en cirugía maxilofacial, sin que, obre material probatorio que justifique el retardo o de cuenta de otro tipo de gestión que explique el transcurso del tiempo.

Que la valoración en el control de seguimiento de 31 de mayo de 2017, realizada por el galeno ERICH LÓPEZ APARICIO da cuenta del daño sufrido por el accionante, al diagnosticar *“FRACTURA DEL PISO DE LA ORBITA IZQUIERDA DEPRIMIDA CON SIGNOS DE ATRAPAMIENTO DE LA GRASA INTRA ORBITARIA ESTRACORNAL Y EL MUSCULO RECTO INFERIOR”*, ya consolidado y que la alternativa quirúrgica no garantizaba la desaparición de la Diplopía, siendo la misma ratificada en testimonio.

De igual forma, encontró acreditado el nexo causal entre el retardo en el suministro del tratamiento quirúrgico dispuesto en favor del demandante por su médico tratante y el resultado que éste dictaminó en la cita de control de seguimiento del 31 de mayo de 2017, aduciendo que, en testimonio rendido por el galeno ratificó el mal pronóstico informado al paciente, y que si bien, este decidió no operarse fue como resultado de la poca o casi nula garantía ofrecida por el especialista.

Frente a las excepciones propuestas por COOMEVA E.S.P S.A., advirtió que, no tienen mérito de prosperar pues los argumentos expuestos no son suficiente para desacreditar la evidencia científica que respalda la historia clínica y la impresión del médico tratante.

Seguidamente, estableció que las excepciones de mérito formulada por la aseguradora no tienen éxito de prosperar ante la acreditación de la existencia y vigencia del contrato de seguro, así como la cobertura por responsabilidad civil profesional en que incurra el asegurado.

Por consiguiente, condenó a la demandada al pago de \$9.066.935 como lucro cesante pasado, \$18.484.283 por concepto de lucro cesante futuro y 20 SMLMV en favor de la víctima con ocasión a los perjuicios morales.

III. LA APELACIÓN

1. Mediante proveído de 8 de noviembre de 2021 fue admitido el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y la vocera judicial de COOMEVA E.P.S. S.A, atendiendo lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, procediendo las partes en los siguientes términos:

1.1. EDWIN TORRES JIMÉNEZ, conforme a los reparos concretos formulados ante el Juez de instancia, se sintetizan:

a) Una indebida valoración probatoria sobre la tasación del lucro cesante, ya que está demostrado que el actor para 2015 y 2016, tenía una productividad superior a \$3.000.000, tal como consta en las certificaciones laborales y recibos de nómina, luego fue un error tomar como base de liquidación el salario mínimo legal.

El perjuicio material en la modalidad de lucro cesante, en lo concerniente a la pérdida de capacidad laboral, se cuantifica, tomando como elemento la reducción en la capacidad laboral del trabajador-

perjudicado, no por el hecho que sea improductivo en un 100% como consecuencia del daño sufrido.

Que la merma de la capacidad laboral de una persona como consecuencia del daño antijurídico infligido por otro, conlleva a que se le resarza lo que ha dejado o pueda dejar de producir laboralmente; lo que se traduce en una reducción en su capacidad generativa del monto de sus acreencias laborales.

Que la productividad de un trabajador, no está constituida solamente por el salario mensual que percibe, además lo compone las acreencias laborales a que tiene derecho anualmente, como las primas, vacaciones, cesantías e intereses de cesantías; acreencias que la jurisprudencia tiene establecida en un 30% en relación con el salario del trabajador, por lo que, aun aplicando el salario mínimo como monto de productividad del demandante, debe incrementarse en ese porcentaje.

b) Con relación a las excepciones en favor de la aseguradora, la sentencia carece de motivación al limitarse a expresar que las excepciones de mérito propuestas por la entidad aseguradora se encuentran probadas, sin realizar un estudio que acredite su conclusión.

Además, señala que no existe prueba sobre los valores de disminución o agotamiento del amparo del perjuicio moral y no establece los rubros de la póliza aplicable para el pago de los perjuicios dispuestos en la sentencia.

Que de acuerdo al apartado de la póliza, página cuatro, denominado EXTENSIÓN DE COBERTURA, que resulta la aplicable para el caso concreto, se consagra *“para la extensión de la cobertura administrativa derivada del proceso de la prestación del servicio, se deja*

constancia que se ampara el daño emergente al 100% más el lucro cesante y perjuicios extrapatrimoniales. Estos últimos sublimitados a \$600.000.000 por eventos”, de donde se desprende que para el caso, la cobertura del daño emergente y lucro cesante es del 100%, y en lo que refiere al perjuicio moral, tiene una cobertura hasta los \$600.000.000.

1.2. COOMEVA E.P.S S.A., sustentó el recurso el 11 de noviembre de 2021, que en concordancia con los reparos concretos formulados ante el a quo, se sintetizan:

a) No existe prueba de que la E.P.S. COOMEVA haya causado daño en la salud del demandante: que las secuelas o la pérdida de capacidad laboral alegada por el actor pudo disminuirse de haberse practicado la cirugía, sin embargo, de manera particular y voluntaria decidió no operarse, sin permitirse la oportunidad de utilizar la ayuda médico quirúrgica que le brindaba una posibilidad de recuperación.

Que el concepto del doctor ERICH LÓPEZ, de ninguna manera determinó la imposibilidad de recuperación para el paciente, debido a que el profesional en medicina le indicó que la operación no garantizaba la desaparición de la Diplopía, sin embargo, no emitió un pronunciamiento de no operación.

El concepto dado por el Galeno tratante no refirió otras alternativas para su recuperación, se limitó a indicar que la probabilidad de recuperación era baja, sin embargo, no se tienen otros conceptos de otros galenos que pudieran brindar mayores garantías. Tampoco brindo alternativas de tratamiento, con lo que no quedó probado que la cirugía u otras alternativas podrían mejorar el problema visual del usuario.

b) No existe relación de causalidad entre la pérdida de capacidad laboral o la disminución visual y el acceso a la garantía en servicios de salud, ya que COOMEVA E.P.S. no causó la lesión en los ojos del usuario, más aún cuando este decidió no realizar el tratamiento, facultad que le asiste al paciente y constituye una garantía de sus derechos fundamentales, pero esa decisión no puede repercutir en responsabilidad médica para COOMEVA.

Que el a quo concluyó la existencia de la relación de causalidad directa, sin embargo no quedó demostrado dentro del proceso que la deficiencia en la visión del actor se debió exclusivamente a la tardanza en la autorización, ya que una vez autorizado el procedimiento el actor rechazó el tratamiento, quedando en un vacío probatorio el hecho de qué hubiera ocurrido si el actor se opera.

c) No existe prueba del daño, nexo causal y culpa. Si bien el demandante tiene una calificación de incapacidad permanente parcial del 11.0%, no dejó de percibir ingresos con ocasión a su trauma, así las cosas de ninguna manera puede endilgársele a COOMEVA E.P.S. un incumplimiento al contrato de prestación de servicios de salud, cuando el mismo usuario atentando contra su propio bienestar y autocuidado decide no realizarse los procedimientos quirúrgicos que hubiesen podido ayudarle a recuperar su visión y/o mejorar la misma,

d) El juramento estimatorio realizado para tasar los perjuicios morales no es válido, por cuanto no existe daño y nexo causal que permita realizar una imputación jurídica del daño.

2. Mediante auto de 1 de febrero de 2022 se ordenó la notificación del Agente liquidador de COOMEVA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A., doctor FELIPE NEGRET MOSQUERA de la existencia del

presente proceso, en atención a la Resolución No. 2022320000000189-6 de 25 de enero de 2022 mediante la cual, la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD ordenó la liquidación como toma de posesión a COOMEVA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A., lo cual se cumplió mediante oficio No. 0111 de 11 de febrero de 2022.

IV. CONSIDERACIONES

1. Una vez efectuado el respectivo control de legalidad, procede la Sala a pronunciarse sobre la sentencia apelada, al estar configurados los presupuestos procesales, que por venir estudiados y valorados en debida forma por el juez de primera instancia se dan por reproducidos.

2. Como es sabido, en el campo de la culpa médica, la Corte Suprema de Justicia, de antaño ha venido pregonando que la obligación del médico es de medio y no de resultado¹, motivo por el que se parte de una culpa probada², en términos puntuales ha dicho:

“en el campo contractual, la responsabilidad médica descansa en el principio general de la culpa probada, salvo cuando en virtud de las “estipulaciones especiales de las partes” (artículo 1604, in fine, del Código Civil), se asumen, por ejemplo, obligaciones de resultado, ahora mucho más, cuando en el ordenamiento patrio, el artículo 104 de la Ley 1438 de 2011, ubica la relación obligatoria médico-paciente como de medios.

La conceptualización es de capital importancia con miras a atribuir las cargas probatorias de los supuestos de hecho controvertidos y establecer las consecuencias de su incumplimiento. Así, tratándose de obligaciones de medio, es al demandante a quien le incumbe acreditar la negligencia o

¹ Sentencia del 5 de marzo de 1940.

² “La obligación profesional del médico no es, por regla general, de resultado sino de medio, o sea que el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia y los dictados de su prudencia sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de éste”² Así lo reiteró en sentencias de 12 de septiembre de 1985 (G.J. No. 2419, págs. 407 y ss.), 26 de noviembre de 1986 (G.J. 2423, págs. 359 y ss.), sent. 30 de enero de 2001, exp. 5507, Pte José Fernando Ramírez Gómez y sent. 30 de noviembre de 2011, Pte Arturo Solarte Rodríguez, exp. 1999-01502-01, para solo citar algunas.

impericia del médico, mientras que en las de resultado, ese elemento subjetivo se presume. (SC7110 de 24 de mayo de 2017 Radicación n.º 05001-31-03-012-2006-00234-01).

En ese contexto, el Alto tribunal de la jurisdicción ordinaria ha precisado, que cuando se trata de obligaciones de medio, es al demandante a quien le incumbe acreditar la negligencia, impericia o falta de cuidado de los facultativos, en tanto al demandado, le basta demostrar diligencia y cuidado (artículo 1604-3 del Código Civil).

De cara a los cargos blandidos, para el caso, la demanda se edificó sobre la imputación de negligencia por la falta de atención oportuna que requería el demandante tras ser diagnosticado con “*fractura del piso de la órbita izquierda deprimida con signos de atrapamiento de la grasa intra orbitaria estracornal y el musculo recto inferior*”, y haber sido prescrita intervención quirúrgica por su médico tratante, en concreto, se hace consistir en la pérdida de oportunidad de la corrección de la patología que presenta, que podía ser corregida y actualmente se ha tornado permanente, lo que le impide el 100% de su visión.

Por su parte, la defensa parte de un actuar diligente, ya que aseguró asistencia y atención médica al paciente, habiendo realizado las gestiones para la realización de la cirugía prescrita, siendo el mismo paciente quien luego de ser valorado por el especialista decidió no someterse al procedimiento quirúrgico, no pudiendo, por tanto, endilgarle ninguna responsabilidad comoquiera que no existe prueba del daño que COOMEVA E.P.S. causó en la salud del demandante.

Empero, contrario a lo esgrimido por la demandada, lo cierto es que, para el caso, el daño sí se encuentra acreditado, debido a que la historia clínica de EDWIN TORRES, y en especial, el testimonio rendido por el galeno ERICH LÓPEZ, pone en evidencia el menoscabo o deterioro sufrido en la salud del demandante a raíz de la falta de atención oportuna

de su patología, que lo llevó a ser calificado con una pérdida de capacidad laboral de 11%.

Y huelga precisar, conforme a las pretensiones y hechos de la demanda, el reclamo del actor no se circunscribió en el daño padecido como resultado del trauma, sino en las consecuencias generadas en su salud resultado de la omisión por parte de COOMEVA E.P.S., en no autorizar oportunamente la práctica de la cirugía ordenada por el médico tratante (hecho 31 de la demanda y 32 reforma), aspecto que en definitiva logró acreditarse por la parte actora, comoquiera que EDWIN fue privado de recibir atención oportuna por parte de la entidad demandada.

3. En este contexto, la responsabilidad está fundada en la llamada por la jurisprudencia y la doctrina como pérdida de oportunidad, que contiene un alea, debido a que no se sabe a ciencia cierta si el beneficio se habría obtenido o si por el contrario el daño pudo haberse evitado de no haber incurrido en una conducta culposa el demandado, luego, esa oportunidad perdida es fuente de responsabilidad. Al respecto la Corte ha dicho:

(...) La pérdida de una oportunidad cierta, real, concreta y existente al instante de la conducta dañosa para obtener una ventaja esperada o evitar una desventaja, constituye daño reparable en el ámbito de la responsabilidad contractual o en la extracontractual, los daños patrimoniales, extrapatrimoniales o a la persona en su integridad psicofísica o en los bienes de la personalidad por concernir a la destrucción de un interés tutelado por el ordenamiento jurídico, consistente en la oportunidad seria, verídica, legítima y de razonable probabilidad de concreción ulterior de no presentarse la conducta dañina, causa de su extinción. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 9 de septiembre de 2010. Expediente No. 17042-3103-001-2005-00103-01 M.P. William Namén Vargas)

Por otro lado, la Corte Suprema ha venido decantando los presupuestos axiológicos para la aplicación de la pérdida de oportunidad, precisando:

(i) Certeza respecto de la existencia de una legítima oportunidad, y aunque la misma envuelva un componente aleatorio, la “chance” diluida debe ser seria, verídica, real y actual; (ii) Imposibilidad concluyente de obtener el provecho o de evitar el detrimento por razón de la supresión definitiva de la oportunidad para conseguir el beneficio, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en inconveniente; y (iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado; no es cualquier expectativa o posibilidad la que configura el daño, porque si se trata de oportunidades débiles, lejanas o frágiles, no puede aceptarse que, incluso, de continuar el normal desarrollo de las cosas, su frustración inevitablemente conllevaría en la afectación negativa del patrimonio u otros intereses lícitos. Dicho de otro modo, el afectado tendría que hallarse, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en un escenario tanto fáctico como jurídicamente idóneo para alcanzar el provecho por el cual propugnaba. (CSJ. Cas. civ. M.P. Margarita Cabello Blanco. Bogotá, 4 de agosto de 2014. Expediente No. 11001-31-03-003-1998-07770-01).

Y en términos similares se ha pronunciado el Consejo de Estado al afirmar:

La pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de **evitar una pérdida**, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta éste que genera, por consiguiente, la **incertidumbre** de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio —material o inmaterial— para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento. La pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño

caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento. (...) La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del “chance” en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto³.

Descendiendo al caso, se insiste, esa pérdida de oportunidad o chance se predica de habersele negado la posibilidad al señor EDWIN de recuperarse de la patología diagnosticada “*fractura del suelo de la órbita*” y “*diplopía*”, o que la misma se vio menguada por la no práctica oportuna del procedimiento quirúrgico prescrito.

Nada más cierto, la historia clínica del demandante da cuenta que fue diagnosticado con “*fractura del suelo de la órbita*” y “*diplopía*” (Pág. 86 y 97 Exp Digital), y que tras ser valorado por el especialista maxilofacial ERICH LÓPEZ, el 21 de octubre de 2015, se le indicó que requería descompresión de orbita vía techo o piso con reducción abierta de fractura, prescribiéndole orden para autorización de procedimiento quirúrgico y valoración pre anestésica (Pág. 79 Exp. Digital); autorización

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, rad. 18593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Otras sentencias recientes que hacen alusión a la pérdida de oportunidad como daño autónomo son: sentencia del 14 de marzo de 2013, rad. 23632, M.P. Hernán Andrade Rincón; sentencia del 16 de julio de 2015, rad. 36634, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; ver igualmente Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 18593.

que si bien fue emitida por la E.P.S. demandada el 20 de noviembre de 2015, para ser practicada la respectiva cirugía en la Clínica Promotora Bocagrande (Pág. 88 y 89 Exp. Digital), no logró ser concretada, sin que se haya demostrado motivo razonable para su no realización, más allá de lo manifestado por la representante legal de la entidad referente a inconvenientes con el prestador, que en todo caso no sirven de excusa para justificar la tardanza en la prestación del servicio.

Ahora bien, es hasta el 16 de marzo de 2016 que COOMEVA E.P.S., emite nueva autorización de servicios para la práctica de cirugía ordenada por el doctor ERICH LÓPEZ al demandante en la Clínica Cartagena del Mar S.A., (Pág. 107-110 Exp. Digital), pero de igual manera no se practica, sin que tampoco haya motivación alguna de su no realización, viéndose en la necesidad el demandante de hacer uso de los mecanismos constitucionales para obtener una debida atención médica. Nótese, que en sentencia de tutela de 13 de octubre de 2016 se le ordenó a la entidad de salud demandada realizar las gestiones pertinentes para la realización de la cirugía prescrita a EDWIN TORRES (Pág. 152-156 Exp. Digital), decisión que fue confirmada en proveído de 2 de diciembre de 2016 (Pág. 146-149 Exp. Digital), y siendo sancionado el representante legal de la entidad por su no cumplimiento el 22 de mayo de 2017, transcurriendo aproximadamente más de un año sin que el señor EDWIN TORRES haya recibido una atención oportuna de la patología diagnosticada en octubre de 2015.

Y, solo obra en la historia clínica del paciente nueva valoración por el especialista maxilofacial ERICH LOPEZ, el 31 de mayo de 2017, cuando ya habían transcurrido casi dos años desde su fractura de la órbita, refiriéndole el especialista que ya ésta había consolidado, y que la alternativa quirúrgica no garantizaba la desaparición de la diplopía después de 2 años (Pág. 111 Exp. Digital).

Y es que de acuerdo a lo manifestado por el galeno en su declaración, el tratamiento quirúrgico prescrito al demandante debía realizarse en el menor tiempo posible para garantizar una recuperación satisfactoria del músculo, pues con el paso del tiempo este se atrofia y es “complicado” recuperarlo. En términos puntuales el especialista maxilofacial refirió *“cuando el paciente llega por primera vez donde mí, ya el paciente lleva 5 meses de trauma, ya ahí vamos jugando una desventaja, ...la diplopía se genera es por el atrapamiento del musculo recto inferior, entonces la fractura como que lo atrapa, consolida la fractura y lo atrapa...es cuando una persona le colocan un yeso en un brazo, cuando se lo quitan el brazo se torna más delgado, más débil, tiene que ir a terapia para fortalecer porque los músculos no se usan, no va a funcionar...igual pasa acá, el musculo está atrapado, a medida que pasa el tiempo se va debilitando más y más y es muy difícil que el musculo se recupere, ya si hablamos de 2 o 3 años ya ahí es muy complicado”*. Y adicionalmente señaló *“yo lo vi 5 meses después del trauma, hubiese podido recuperar en un alto porcentaje la movilidad de los músculos orbiculares...como un 80%, cuando los músculos están atrapados y se liberan tienen que hacer terapia, uno tiene que ver obviamente para todos los lados, eso genera cierta motricidad y ayuda.”* Después de 2 años la estimaría la recuperación en 0%, no garantizo eso.

Es evidente que, el transcurso injustificado del tiempo que empleó la entidad de salud demandada para emitir una autorización efectiva para la práctica de la cirugía prescrita al demandante, generó consecuencias negativas en la salud del paciente, pues, si bien fue este quien finalmente decidió no someterse al procedimiento quirúrgico, lo cierto es que, de acuerdo a lo indicado por su médico tratante, el término extenso transcurrido desde la fecha de la fractura disminuyó en gran medida las probabilidades de su recuperación, tanto así, que el galeno en forma categórica afirmó que después de haber transcurrido 2 años habría un 0% de recuperación.

En ese sentido, si el médico especialista afirmó de manera categórica que una intervención pronta aseguraba en alto grado de probabilidad la recuperación de la visión del paciente, es claro, que la tardanza en ejecutar

la misma privó a EDWIN de obtener un resultado positivo para restablecer su salud.

4. Por manera que, aunque la apoderada recurrente manifieste que fue decisión de EDWIN TORRES, el no someterse al procedimiento quirúrgico, dicha decisión estuvo fundamentada en la valoración previa realizada por su médico tratante, quien de manera contundente manifestó en su declaración que el hecho de haber transcurrido 2 años desde la fractura sufrida por el paciente, determinó la improbable recuperación de su patología, en un 0%.

Dicho de manera diferente, el daño se estructura no por la negativa de practicarse el paciente la cirugía, sino por la privación de un resultado positivo para la salud del actor, producto de la desidia o la negligencia de la EPS demandada, al retardar la práctica de la intervención quirúrgica, la que en últimas, ya resultaba ineficaz o inoficiosa.

Es decir, la renuncia del paciente resulta inane frente al daño irrogado como resultado del actuar negligente de la demandada, que es la que cristaliza una consecuencia ajurídica, la privación de recuperación de la vista.

5. Es cierto, como lo afirma la apelante, que la EPS COOMEVA no causó la lesión en los ojos del usuario, sin embargo, es evidente que EDWIN TORRES no recibió la atención eficaz y oportuna que requería, habiendo generado esa situación que la patología padecida no fuera tratada a tiempo, para tener mayor probabilidad de recuperación, pues, no se puede descartar que de haber sido realizado el procedimiento quirúrgico en el tiempo requerido se hubiera recuperado al menos hasta en un 80% como indicó su médico tratante.

Y es que, se *itera*, la responsabilidad que se atribuye a COOMEVA E.P.S., no es la lesión que presentó el señor EDWIN, sino que una vez

diagnosticado, este no recibió un tratamiento oportuno, lo que generó que su recuperación fuera casi nula de acuerdo a lo manifestado por su médico tratante, por lo que es claro que la entidad desatendió su deber de garantizar una idónea prestación del servicio de salud, conducta constitutiva de responsabilidad civil.

6. En término puntuales la Corte Suprema de Justicia ha venido afirmando que aunque las Entidades Promotoras de Salud figuran entre los organismos de administración y financiación, sus funciones van mucho más allá, advirtiendo que *“no es suficiente que se facilite el acceso de los usuarios a los centros de atención hospitalaria o los especialistas particulares, ya sea que obren por cuenta de las EPS o como agentes alternos, para que se entienda cumplido el cometido de éstas dentro del marco de la Ley 100 de 1993 y las demás normas complementarias, toda vez que su compromiso se extiende a propender porque se logren evitar las afecciones previsibles y superar satisfactoriamente los padecimientos detectados, todo ello con prontitud y brindándole al paciente un trato acorde con la dignidad humana.”*

Pero además, ha señalado que de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1485 de 1994, las E.P.S. son responsables de *“[o]rganizar y garantizar la prestación de los servicios de salud previstos en el Plan Obligatorio de Salud, con el fin de obtener el mejor estado de salud de sus afiliados con cargo a las Unidades de Pago por Capitalización correspondientes», por lo cual deben gestionar y coordinar la oferta de servicios de salud, directamente o a través de la contratación con IPS y profesionales de la salud, implementar sistemas de control de costos, informar y educar a los usuarios para el uso racional del sistema y establecer procedimientos de garantía de calidad para la atención integral, eficiente y oportuna de los usuarios en las instituciones prestadoras de salud (literales b. y d.).”*. Concluyendo que *“su labor se extiende a lograr el cumplimiento cabal de los fines primordiales del sistema de seguridad social de «prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia» frente a los riesgos que atentan contra la salud de los usuarios. (SC2769-2020- Radicación n° 76001-31-03-003-2008-00091-01 de 31 de agosto de 2020)*

En ese sentido, correspondía a la Entidad Promotora de Salud demandada, garantizar una atención oportuna y eficaz a su afiliado, gestionado de manera pertinente la contratación con prestadores y profesionales de la salud que permitieran la práctica del procedimiento quirúrgico ordenado, no siendo suficiente las autorizaciones de órdenes emitidas, pues ninguna de ellas logró cristalizar el tratamiento quirúrgico, habiendo transcurrido casi dos años para que el demandante fuera revalorado por especialista maxilofacial, quien finalmente explicó al paciente la poca o casi nula probabilidad de recuperación de su patología debido al transcurso del tiempo.

Como epílogo, el haz probatorio debidamente recaudado en el proceso, permite concluir, que el actor sufrió un daño, siendo, inclusive, valorado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar el 15 de septiembre de 2017 con una incapacidad permanente parcial, con PCL de 11% (Pág. 55-62).

Y está probado, que la entidad promotora de salud a la que estaba afiliado EDWIN omitió autorizar y practicar en tiempo una cirugía ordenada por su médico tratante, que le garantizaba en alto grado de probabilidad una mejoría en su órgano de la visión, pérdida de oportunidad que es fuente de responsabilidad como en líneas precedentes se dijo.

En todo caso, correspondía a la demandada desvirtuar el diagnóstico emitido por el médico maxilofacial ERICH LOPEZ, aportando dictamen de especialistas o descalificando sus afirmaciones. Así, no existe en el plenario elementos que indiquen que la negativa del paciente fue el detonante de su daño o que la cirugía ordenada por el médico tratante no tenía los efectos por él prevista, en concreto, recuperar la visión hasta en un 80%, menos la necesidad de otros tratamientos para lograr dicha recuperación.

7. En lo que respecta al quantum de la indemnización, refiere la parte demandada apelante que no existe prueba del daño, nexo causal y culpa, aspectos que como hemos visto han quedado plenamente demostrados conforme se indicó en el acápite anterior.

Y debe decirse, además, que en tratándose de indemnizaciones cuando se abre paso la teoría de la pérdida de oportunidad, en la mayoría de los casos, es dispendioso probar en términos de probabilidad el beneficio o chance perdido, lo que exige echar mano de la equidad con fundamento en lo probado en el asunto. Así lo ha decanto la jurisprudencia del Consejo de Estado, al decir:

(...) El porcentaje de probabilidades de la expectativa legítima truncada debe establecerse a través de los diferentes medios de prueba que obran en el proceso -regla general-. Ahora, si **no se puede determinar dicho porcentaje de la pérdida de oportunidad -perspectiva cuantitativa-, pese a encontrarse acreditado el daño antijurídico cierto y personal - perspectiva cualitativa-, deberá el juez de la responsabilidad, tal como lo ha señalado la doctrina⁴, bien sea a) declarar en abstracto la condena y fijar los criterios necesarios para que, mediante un trámite incidental, se realice la cuantificación del perjuicio, o bien b) acudir a criterios de equidad⁵, eje rector del sistema de reparación estatal, -artículo 230 de la Constitución Política y 16 de la Ley 446 de 1998-, a fin de reparar en forma integral el daño imputable a los demandados⁶.**

Para el caso, se advierte que, si el tratamiento quirúrgico se hubiese realizado en el término en que fue ordenado, el señor EDWIN

⁴ TAMAYO JARAMILLO, Tratado de Responsabilidad Civil, 2007, p. 338 y 341; Martínez Raye, La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia, 1986, p. 126; HENAO, Juan Carlos. El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 42 y 43.

⁵ Ver. Consejo de Estado, Sala Plena de Sección Tercera, sentencia de 12 de julio de 2012, rad. 15,024, M. P. Danilo Rojas Betancourth

⁶ En casos de pérdida de oportunidad en materia de acceso a la administración de justicia, la Sala ha acogido igualmente criterios de equidad para calcular el porcentaje de la probabilidad pérdida. Al respecto, la Sala en sentencia del 31 de mayo de 2016, rad. 38047, M.P. Danilo Rojas Betancourth conoció de la pérdida de oportunidad con ocasión de una declaratoria de prescripción de la acción civil y consideró de acuerdo con las pruebas que obraban en el proceso que la expectativa que tenía la parte civil de que se le resarciera pecuniariamente en el proceso judicial estaban calculadas en un 75%. En similar sentido se puede consultar la sentencia de la Subsección B del 31 de mayo de 2016, rad. 38267, M. P. Danilo Rojas Betancourth.

probablemente se hubiese recuperado hasta un 80%, en tanto que, al transcurrir 2 años desde la lesión, la recuperación sería de un 0%, conforme a la declaración rendida por el especialista maxilofacial ERICH LÓPEZ, quien valoró al demandante y prescribió el respectivo tratamiento quirúrgico, el que no fue desvirtuado dentro del proceso.

Si eso es así, es palmar, que la expectativa que tenía el demandante de recuperar la movilidad de su ojo izquierdo estaba cifrada alrededor de un 80% de posibilidades, índice que debió aplicarse a la liquidación de los perjuicios de orden material e inmaterial.

7.1. Para ello debe tenerse en cuenta que con la demanda se aportó certificación de contrato de trabajo por obra o labor con el consorcio AMC desde el 12 de junio de 2015 hasta el 8 de marzo de 2016, desempeñando el cargo de instalador con una salario básico de \$2.160.205 y un bono mensual de \$972.092, y que finalizó por terminación bilateral; certificación que contrario a lo considerado por el *a quo*, logra acreditar el salario devengado por el actor para el momento en que se presentaron los hechos descritos en la demanda, independientemente que el mismo haya finalizado con posterioridad a estos, comoquiera que la misma cuenta con fuerza demostrativa suficiente para determinar cuál era el salario que devengaba el demandante al momento de la causación del daño, tal y como lo refiere la parte actora apelante.

En ese sentido, se tomará en cuenta para la liquidación del lucro cesante el valor de \$3.132.297, cifra esta última que debe ser actualizada a valor presente con la siguiente fórmula de matemática financiera:

$$VP = \frac{VH \times I.P.C.F}{I.P.C. I}$$

Dónde: VP es el valor actualizado que se busca

VH dinero recibido

IPCF/IPCI: índice de precios al consumidor final (a la fecha de sentencia de segunda instancia) e índice inicial (fecha en que fue prescrita autorización para la práctica de la cirugía el 20 de noviembre de 2015)

$$VP = \$ 3.132.297 \times \frac{111,41}{87,51} = \$ 3.987.763$$

A esta suma se le incrementará un 25%, por concepto de prestaciones sociales, para un monto total de \$ 4.984.703, así que, si la pérdida de la capacidad laboral atribuido es del 11%, la eventual pérdida sería de \$548.317.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la expectativa que tenía el demandante de recuperar la movilidad de su ojo izquierdo estaba cifrada alrededor de un 80% de posibilidades, así que de esta renta base para la liquidación del perjuicio padecido por el demandante se sustraerá el 20%, por ser la fracción correspondiente a la probabilidad despojada, cuyo resultado es \$438.654.

Así para calcular el lucro cesante consolidado aplicamos la fórmula:

$$S = \frac{Ra (1+i)^n - 1}{i}$$

Entonces, desde la época en que fue prescrita autorización para la práctica de la cirugía el 20 de noviembre de 2015 al 15 de febrero de 2022 (fecha de la sentencia), han transcurrido 6 años, 2 mes y 25 días, es decir, aproximadamente 74,83 meses que sería el valor de **n** en la formula, **RA** = renta actualizada \$438.654.), (**S**) es la suma que se busca e (**i**) interés puro del 6% anual, o 0.004867 nominal mensual:

$$S = \$438.654. \frac{(1 + 0.004867)^{74,83} - 1}{0.004867}$$

S = \$39.484.054

En cuanto al lucro cesante futuro, tenemos que la víctima a la fecha de los hechos contaba con 31 años, luego, según la tabla de mortalidad nacional adoptada por la Superintendencia Bancaria mediante Resolución 0110 de 2014, la edad probable de vida era de **47,3 años**, es decir 567,6 meses. Ahora, como ya se cancelaron 74,83 meses, se resta dicha cantidad, es decir, que para el futuro solo le quedan **492,77** meses y con esto aplicando la formula, tenemos:

$$S = \frac{Ra (1 + i)^n - 1}{i (1 + i)^n}$$

$$S = \$ 438.654. * \frac{(1 + 0.004867)^{492,77} - 1}{0.004867}$$
$$(1+0.004867)^{492,77} \mathbf{S= \$ 81.890.363}$$

7.2. En cuanto al daño moral, refiere la parte demandada que el juramento estimatorio realizado para tasar los perjuicios morales no es válido, por cuanto no existe daño y nexo causal que permita realizar una imputación jurídica del daño.

Sobre este tipo de perjuicio la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que su determinación está sujeta a las circunstancias fácticas de cada caso, las condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, intensidad de la lesión, los sentimientos, dolor o aflicción, conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador, específicamente ha indicado:

“Para concluir, en preservación de la integridad del sujeto de derecho, el resarcimiento del daño moral no es un regalo u obsequio gracioso, tiene por causa el quebranto de intereses protegidos por el ordenamiento, debe repararse in casu con sujeción a los elementos de convicción y las particularidades de la situación litigiosa según el ponderado arbitrio iudicis, sin perjuicio de los criterios orientadores de la jurisprudencia, en procura de una

*verdadera, justa, recta y eficiente impartición de justicia, derrotero y compromiso ineludible de todo juzgador*⁷

El método de cuantificación es motivo de serios reparos, en especial, frente a la inequidad que generan las fórmulas reparatoras utilizadas por las Cortes, dejándose al *arbitrium iudicis* su tasación, no empece, el juez no puede desconocer claros derroteros objetivos para hacerlo.⁸

Y aunque se ha dicho que el daño debe ser probado, no se trata de una regla infranqueable, debido a que pueden existir eventos en donde el hecho físico pueda generar *per se* un daño, como el caso de la pérdida de la capacidad física del que se presume generó en el actor un trastorno que le impidiera continuar con sus actividades cotidianas o que tengan incidencia en ésta. Ese *arbitrio iudicis* deja a buen juicio del fallador tasar el daño inmaterial, sirviendo como guía los techos establecidos tanto por la Corte Suprema de Justicia⁹ como por el Consejo de Estado¹⁰.

De ahí que la cifra fijada por el juez de instancia atendiendo los principios de equidad, razonabilidad, reparación integral y proporcionalidad, se considere ajustada.

8. Finalmente, refiere el apoderado de la parte demandante recurrente que el a quo solo se limitó a indicar que las excepciones de mérito “*máximo valor asegurado, deducible a cargo del asegurado*” y “*eventual disminución o agotamiento del valor asegurado para el amparo de perjuicios morales*” propuestas por la entidad aseguradora, se encuentran probadas, sin realizar un estudio que acredite su conclusión,

⁷ CSJ Civil sentencia de 9 julio de 2010, exp. 1999-02191-01.

⁸ CSJ, Sal. Cas. Civil, sent. Feb. 28/90

⁹ Corte Suprema de Justicia sentencia de 28 de febrero de 1990, G.J. No. 2439, pp. 79 ss; así en sentencia sustitutiva de 20 de enero de 2009, exp. 170013103005 1993 00215 01, reconoció por daño moral, cuarenta millones de pesos

¹⁰ El Consejo de Estado dese la sentencia del 6 de septiembre de 2001 (exp. 13.232 – 15.646), consideró improcedente la aplicación analógica del artículo 97 del Código Penal y dio cabida al artículo 16 de la ley 446 de 1998, señalando como límite 100 salarios mínimos legales mensuales.

lo que resulta ser cierto, pues el fallador de instancia ningún fundamento precisó al respecto.

No obstante, se debe indicar que las mismas se encuentran probadas, comoquiera que fue anexada póliza RC000980 figurando como tomador la COOMEVA E.P.S y asegurado COOMEVA E.P.S, con vigencia desde el 1 de agosto de 2015 hasta el 1 de agosto de 2016, lo que de entrada soporta la obligación de CONFIANZA de entrar a responder por la eventual condena, comoquiera que dentro del amparo se encuentra la responsabilidad profesional por gestión inadecuada del asegurado durante los procesos de administración, prevención, evaluación y control de los riesgos propios de la prestación de servicios de salud a la comunidad de usuarios afiliados al asegurado, pactado además los respectivos deducibles de cobertura y el sublímite asegurado. (Pág. 204-205 Exp. Digital); luego si en el contrato de seguro, se pactó el amparo antes referido, la ASEGURADORA CONFIANZA debe entrar a responder por el monto de la indemnización a que fue condenado su asegurado hasta la cobertura pactada, menos el valor del deducible consignado en la póliza.

En consecuencia la sentencia de primera instancia será confirmada parcialmente, comoquiera que debió ser modificado la indemnización de perjuicios, con condena en costas en esta instancia a la demandada frente a la prosperidad parcial de los cargos conforme lo dispone el artículo 365 del CGP.

V. DECISIÓN

En razón y mérito de lo expuesto, la Sala Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

VI. RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 4 de la sentencia de 4 de junio de 2021 dictada por el JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO dentro del asunto de la referencia. En su lugar se dispone:

“CONDENAR a COOMEVA E.P.S. S.A. al pago de los perjuicios materiales causados a EDWIN TORRES JIMENEZ, por concepto de lucro cesante pasado en la suma de **\$39.484.054**, y lucro cesante futuro la suma de **\$81.890.363**.

La COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. – CONFIANZA S.A., debe entrar a responder por el pago de los perjuicios a que fue condenado su asegurado, hasta la cobertura pactada, menos el valor del deducible consignado en la póliza No. RC000980.

SEGUNDO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de 4 de junio de 2021 dictada por el JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO dentro del asunto de la referencia.

TERCERO: CODENAR en costas en esta instancia a la parte demandada. Fijar como agencias en derecho a la suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

CUARTO: ORDENAR remitir el expediente a su lugar de origen.

NOTIFIQUE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Marcos Roman Guio Fonseca

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 003 Civil Familia

Tribunal Superior De Cartagena - Bolivar

John Freddy Saza Pineda

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 001 Civil Familia

Tribunal Superior De Cartagena - Bolivar

Oswaldo Henry Zárate Cortés

Magistrado

Sala Civil Familia

Tribunal Superior De Bolivar

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:

**3a7e8aa9ee76888d82484c97f54ff5208fc6e2853e11dab33f810f9a3d
e16cda**

Proceso: Responsabilidad Medica
Demandante: Edwin Torres Jiménez
Demandado: COOMEVA E.P.S y otros
Rad: 13001310300520180003901

29

Documento generado en 16/02/2022 10:02:07 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la
siguiente URL:**

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