



Proceso	Verbal
Demandante	Sulay Sarabia Quintero y otro
Demandados	Comfenalco Caja de Compensación Familiar
Radicado	No. 05001-31-03-015-2016-00026-03
Procedencia	Juzgado Quince Civil del Circuito de Medellín
Instancia	Segunda
Ponente	Luís Enrique Gil Marín
Asunto	Sentencia No. 030
Decisión	Revoca
Tema	Responsabilidad civil
Subtemas	Responsabilidad médica. Falta de legitimación en la causa por pasiva.

TRIBUNAL SUPERIOR

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN CIVIL

Medellín (Ant.), quince de octubre de dos mil veintiuno

I. OBJETO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por ambas partes y la llamada en garantía, en contra de la sentencia proferida por el **JUZGADO QUINCE CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE MEDELLÍN**, en este proceso verbal instaurado por **SULAY SARABIA QUINTERO y ROMÁN DARÍO HENAO**, en nombre propio y como curadores natos de su hijo menor **SEBASTIÁN HENAO SARABIA**, en contra

de la **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMFENALCO ANTIOQUIA.**

II. ANTECEDENTES

Pretensiones: Invocan se declare que la demandada es responsable de los perjuicios que demandan y, consecuentemente, sea condenada a pagar: a) Perjuicios morales para el menor Sebastián Henao Sarabia, 400 SMLMV y, para cada uno de sus padres 100 SMLMV y, b) Perjuicios fisiológicos para el menor Sebastián Henao Sarabia, 400 SMLMV y para cada uno de sus padres 100 SMLMV; sumas que serán debidamente indexadas. Por último, solicita se condene en costas a la demandada.

Elementos fácticos: Afirman los señores Sulay Sarabia Quintero y Román Darío Henao que tienen una relación desde hace varios años; producto de esa unión procrearon al menor Sebastián Henao Sarabia, quien representa la mayor alegría y felicidad para su núcleo familiar; para asegurar el bienestar del menor y la familia están afiliados al sistema general de salud régimen contributivo a través de la EPS Comfenalco, a la que acuden ante cualquier cambio en el estado de salud de su hijo menor; el 07 de mayo de 2012, la señora Sulay Sarabia Quintero, acudió con el menor al punto de atención en salud de la EPS Comfenalco, del examen físico el médico que lo atendió en la historia clínica, indicó: *“testículos muy altos no los palpo en escroto, no descenden con maniobras, la madre dice que el escroto es vacío la mayoría del tiempo”,* le ordenan una *“Ecografía Testicular”*; el 17 de mayo de

2012, se realizó la ecografía en la Clínica Comfenalco y el médico radiólogo, anotó: *"... observo el testículo izquierdo localizado en la porción distal de la región inguinal izquierda"*, y a manera de comentario sugiere una valoración por cirujano pediátrico; como el menor presentó dolor abdominal durante la noche, el 01 de junio de 2012 lo llevaron de nuevo al servicio de urgencias; a las 9:17 a.m., el médico general Nicolás Eduardo Vélez Orozco, consigna en la historia clínica: *"... 1 día de dolor abdominal tipo cólico, sin diarrea, pero hoy con múltiples episodios de vomito"*; posteriormente, lo evalúa el especialista en pediatría Carlos Alberto Gutiérrez Pinzón, quien en el análisis y conducta señala *"Dx anotado, muy sintomático, sugiere enfermedad ácido péptica"* y ordena tratamiento con analgésicos, medicinas paliativas que se consideran equivocadas; es decir, no curativas ni recomendadas para la urgencia patológica; pues los síntomas de una torsión del testículo eran evidentes y sin lugar a dudas; durante la estancia en urgencias señala la progenitora poca tolerancia a la vía oral que le suministraron los medicamentos; sin embargo, dos horas después, en la ronda que realizó el especialista en pediatría le da de alta; dejando de lado el procedimiento establecido en los protocolos médicos para el cuadro clínico que presentaba el menor y sin suministrar el tratamiento curativo adecuado y necesario para extirpar el mal que lo aquejaba, a pesar de la insistencia de la madre de éste, indicándoles sobre los antecedentes del testículo no descendido y del resultado de la ecografía, a lo que hicieron caso omiso y no actuaron con la urgencia, rapidez y diligencia que ameritaba, conforme con el procedimiento y tratamiento adecuado frente a la

enfermedad que motivó la consulta por urgencias, torsión testicular; como el menor no mejoraba y el 03 de junio de 2012, les manifestó empeoramiento del dolor en la región inguinal, acudieron a las 8:30 a.m., al servicio de urgencias para que lo valoraran de manera prioritaria y el diagnóstico médico fue *"hernia inguinal unilateral o no especificada, sin obstrucción ni gangrena"*; es evaluado por la especialista en pediatría Nancy Beatriz Pacheco Cáceres, quien en la valoración clínica anotó: *"... se palpa masa inguinal izquierda tumefacta no reductible muy dolorosa DX: masa inguinal izquierda 2º- torsión testicular Vs hernia encarcelada IC urgente por cirugía pediátrica"*.

En las varias consultas realizadas desde el 07 de mayo hasta el 03 de junio de 2012, ninguno de los galenos dio el diagnóstico determinante que motiva la demanda, no tuvieron en cuenta que en varias consultas el menor presentaba escroto vacío, toda vez que los testículos no descendían, ni fue valorado el resultado de la ecografía testicular dado el 17 de mayo de 2012, que sugirió una evaluación por cirujano pediátrico y que el médico radiólogo pudo observar al precisar *"... testículo izquierdo localizado en la porción distal de la región inguinal izquierda"*, el mismo sitio que dio lugar a la última consulta por urgencias y a la orden de interconsulta urgente por el cirujano pediátrico; por lo que ya era notorio que el menor presentaba una anomalía en su cuerpo, exactamente en el testículo izquierdo y que conforme los protocolos médicos, el único tratamiento es la intervención quirúrgica inmediata, para evitar el fatídico desenlace de la torsión testicular, que echó

a perder las ilusiones del menor y su familia; es claro, que se presentó una anormalidad que la literatura médica describe como una señal de alarma a la que se debe prestar atención especial, teniendo en cuenta que se trata de un niño de 3 años de edad y las consecuencias que le puede acarrear esta situación; pues frente a las maniobras del galeno, la dificultad para que el testículo descendiera y el resultado de la ecografía, se debió priorizar una valoración por pediatría, lo que no consta en la historia clínica.

En las consultas y posterior desenlace del caso aparecen varias irregularidades; el 07 de mayo de 2012, el médico no solo debió ordenar la ecografía testicular, sino, la valoración prioritaria por pediatría porque al intentar descender los testículos, estos no respondieron de manera favorable, lo que hubiera evitado el retiro del testículo, porque el tratamiento médico hubiera iniciado en el término indicado; el 01 de junio de 2012, cuando fue valorado por el médico general y el especialista en pediatría, se presentó una omisión mayor, pues en la historia clínica no aparece que hubieran hecho relación a la condición del testículo no descendido, ni a la ecografía testicular y el resultado que arrojó; amén, que cuando el menor mostró los síntomas que presentó, los galenos debieron ser más meticulosos a la hora del diagnóstico; pues de haberse prestado una mayor atención al primer hallazgo clínico, el personal médico podía prescribir medicamentos para motivar el descenso natural de los testículos, mediante terapia hormonal o realizar una orquideopexia, evitando las consecuencias en el desarrollo normal del menor; es clara la falla en la prestación del

servicio médico por impericia y negligencia en la prestación del servicio de salud por parte de la EPS Comfenalco, que produjeron secuelas irreparables en el menor, truncando no solo su vida en condiciones dignas sino sus expectativas reproductoras y el derecho a gozar de una sexualidad plena; además de las consecuencias psicológicas, fisiológicas y arrasar con la felicidad reinante al interior de la familia, las óptimas condiciones de vida que los distinguía por los sueños formados alrededor de los hijos; ilusiones que se tornaron en desgracia e infortunio; causando perjuicios morales y daño a la vida de relación tanto al menor como a los padres.

Admisión de la demanda: Admitida (folios 139 cuaderno principal) y notificada, la demandada dio respuesta, se opuso a las pretensiones y propuso las siguientes excepciones: ***(i) inexistencia de causa jurídica; (ii) culpa exclusiva de los demandantes; (iii) inexistencia de culpa por parte de Comfenalco; (iv) inexistencia de nexo causal; (v) solicitud excesiva de perjuicios, en edad adulta un solo testículo es suficiente para la concepción; (vi) la torsión como tal, ella misma, origina necrosis testicular. Riesgo inherente y, (vii) la genérica.***

Llamamiento en garantía: De la Caja de Compensación Familiar Comfenalco Antioquia a LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, para el evento de que se profiera condena la llamante, efectué las erogaciones dinerarias a que hubiere lugar, en virtud del contrato de seguro.

Como soporte para el llamamiento en garantía, afirma que con la aseguradora celebró un contrato de seguro de responsabilidad civil; vigente al momento de las atenciones médicas al paciente acorde con la Póliza No. 1009575, estando obligada a cubrir los riesgos y perjuicios que pudiera ocasionar la llamante (véase folio 11 cuaderno 2).

Admitido el llamamiento en garantía (folio 13 cuaderno 2) y notificado a la llamada propuso la excepción de "**ausencia de cobertura**" y, en torno a la demanda principal formuló los medios de defensa a saber: **(i) inexistencia de responsabilidad de nuestro asegurado; (ii) diligencia y cuidado; (iii) la obligación médica es de medio y no de resultado; (iv) la culpa médica debe ser probada; (v) con relación a los perjuicios extrapatrimoniales y, (vi) hecho exclusivo de la víctima.**

Sentencia: Se profirió el 15 de febrero de 2019, con la siguiente resolución:

"PRIMERO: Se declaran no probadas las excepciones denominadas Inexistencia de la causa jurídica, Culpa exclusiva de los demandantes, Inexistencia de culpa por parte de Comfenalco, Inexistencia de nexo causal, Solicitud de excesivos perjuicios y riesgo inherente propuestas por la parte demandada, propuestas por la parte demandada en las condiciones explicadas en la parte motiva de ésta providencia.

"SEGUNDO: Se declara civil y contractualmente responsable a la Caja de Compensación Familiar Comfenalco Antioquia, propietaria de la EPS e IPS Comfenalco.

"TERCERO: No se acogen las excepciones propuestas por la llamada en garantía La Previsora S.A. Compañía de Seguros, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

"CUARTO: En consecuencia, se condena a la Caja de Compensación Familiar Comfenalco Antioquia propietaria de la EPS e IPS Comfenalco a pagar las siguientes sumas de dineros: Por perjuicios morales equivalente a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto la suma de veinticuatro millones ochocientos cuarenta y tres mil cuatrocientos ochenta pesos (\$24.843.480) para la madre Sulay Sarabia Quintero. De veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto es la suma de dieciséis millones quinientos sesenta y dos mil trescientos veinte pesos (\$16.562.320) para el padre, señor Román Darío Henao. Por daño a la vida de la relación para cada uno de los padres cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto es la suma de \$4.140.580 para cada uno de los padres; Sulay Sarabia Quintero y Román Darío Henao. Y, para el menor Sebastián Henao Sarabia la suma de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto es la suma de ocho millones doscientos ochenta y un mil ciento sesenta pesos (\$8.281.160). Dada la condena impuesta a la Caja de Compensación Familiar Comfenalco Antioquia, propietaria de la EPS e IPS, la llamada en garantía La Previsora S.A. Compañía de Seguros deberá responder por las sumas de

dinero ya indicadas en la proporción establecida en la cláusula determinada a folios 1 vto., del cuaderno llamado, de la póliza No. 1009575 ya referida.

"QUINTO: Se condena en costas a la parte demandada. Como agencias en derecho se fija la suma de \$2.000.000. Líquidese por secretaría".

La sentencia plantea como problema jurídico a resolver, el determinar si están presentes los elementos de la responsabilidad civil médica y si hay lugar o no al resarcimiento de los perjuicios reclamados y establecer si se cumplió con la carga de la prueba. Indica que en los alegatos la demandada alude a que se trata de una EPS liquidada, lo que corresponde a un factor de legitimación en la causa, siendo oportuno traer a colación lo dispuesto por la Sala Cuarta de Decisión Civil del Tribunal Superior de Medellín, M.P. Dra. Piedad Cecilia Vélez Gaviria, en providencia del 14 de diciembre de 2018, radicado No. 05001-31-03-005-2014-00148-02; donde señala *"Atendiendo la manifestación realizada por el apoderado de Comfenalco, en la audiencia que tuvo lugar el pasado 13 de diciembre, vinculada con que a la fecha tal persona jurídica se encuentra liquidada, la Sala se permite considerar que según el artículo 68 del Código General del Proceso, "si en el curso del proceso sobreviene la extinción, fusión o escisión de alguna persona jurídica que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter; en todo caso la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurren; razón suficiente para concluir que el*

presente proceso, no se afecta por la mentada extinción, pues está visto que la demanda que dio inicio al mismo fue notificada a la entidad demandada, cuando aún no había sido expedida la Resolución No. 0000932 del 10 de abril de 2017, dictada por el agente liquidador, mediante la cual se dispuso esa liquidación, por lo que claramente debieron hacerse las respectivas reservas. Así las cosas, la extinción de Comfenalco no pasa de ser un simple problema, que deberá abordarse en una eventual ejecución en contra de los sucesores o el patrimonio autónomo producto de la liquidación, sin que en todo caso la situación afecte los presupuestos procesales en el presente trámite”; argumentos, con base en los cuales, considera que la legitimación en la causa por pasiva en el presente caso, no se ve afectada. Luego de referir a la jurisprudencia en torno a la responsabilidad civil médica contractual y extracontractual, así como a la prestación de servicios de salud a través de las instituciones prestadoras del mismo; indica que como la relación del vínculo contractual que existía con la EPS COMFENALCO no se discutió, tal evento no merece ningún pronunciamiento; seguidamente aludió a las obligaciones de medio y resultado, así como al acto médico, con soporte en lo dispuesto por la jurisprudencia; además, señala que en el presente caso y al analizar en conjunto la prueba recaudada, advierte, que desde la prueba testimonial tendrá que tener en cuenta el testimonio técnico de la doctora Luz Stella y los testimonios de la madre del menor y de la señora que lo cuidaba; igualmente, se realizó un estudio de la prueba documental aportada encontrando lo siguiente: advierte que existen unas circunstancias importantísimas de

antecedentes, en los que como prueba indiciaria confirman lo siguiente; hubo una atención en mayo 07 por parte de la doctora Luz Stella López Ramírez, como consta en la historia clínica, documento frente al cual existe plena credibilidad porque la parte accionada no trajo tal instrumento; esta profesional de la medicina refiere a una atención que se hizo a las nueve de la mañana: *“Conducta y plan de manejo, llama la atención testículos no están en escroto, no descienden con maniobras, ordeno eco testicular”* y reseña otras conductas por las que la madre acudió; en el examen físico indica: *“Testículos muy altos, no los palpo en escroto, no descienden con maniobras, la madre dice que el escroto es vacío la mayoría del tiempo”*, circunstancia importante que no se puede desconocer; la eco testicular se practicó el 18 de mayo de 2012, en la Clínica Comfenalco, donde consta: *“En el presente estudio observo el testículo izquierdo localizado en la porción distal de la región inguinal izquierda; el testículo derecho se observa localizado entre el saco escrotales colateral en la región antero-superior, no hay hidrocele, no visualizo dilatación de la estructura vasculares venosas en reposo... Comentarios: Se sugiere evaluación por cirujano pediátrico”*; lo primero, es que refiere a que hubo una atención de una ayuda diagnóstica que se ordenó de manera oportuna; la doctora López Ramírez fue concreta en el plan de manejo y hay claridad de que el testículo izquierdo se encuentra en la región distal inguinal izquierda; está debidamente diagnosticado y establecido que ese testículo está en una condición que no es normal, que se requiere atención inmediata; ello es importante porque va a

desencadenar en todas estas circunstancias a pesar que no se considere así por la parte demandada.

La doctora Luz Stella López Ramírez intervino en el proceso, indicando que el evento fue hace ocho (8) años, así como su auscultación al momento del examen, refiere a su diagnóstico, indica que el examen se ordenó el 5 y lo hicieron el 17 de mayo; que no hay signos de inflamación y la radiología recomienda enviarlo al cirujano; que la señora no volvió y de pronto no pidió la cita; que se tranquilizó porque la cirugía daba tiempo, en vista de la forma como se encontró el escroto y la ayuda diagnóstica; que al momento de la auscultación y el examen diagnóstico no había torsión testicular; pero advierte una circunstancia especial, que la mamá no tenía por qué saber el tipo de urgencia; además resulta significativo que existe un dolor abdominal; que en algunas circunstancias este tipo de torsión testicular se expresa mediante un dolor abdominal bajo; al observar el dolor abdominal era superior y no tenía relación, como consta en la historia clínica; que la torsión testicular también se expresa bajo un dolor abdominal que puede acompañarse con vómito; en la atención de urgencias del primero de junio no había torsión testicular como lo indican los síntomas mencionados por el médico; además señala, que el pediatra de urgencias tenía acceso a las atenciones anteriores y que la vida sexual del menor es completamente normal; resulta relevante resaltar lo referido en cuanto a que la madre del paciente no tenía por qué saber de la urgencia y que la torcedura testicular se puede representar con un dolor abdominal acompañado de vómito, distinguiendo entre el

dolor abdominal bajo y el superior, y que el pediatra de urgencias tenía acceso a las atenciones anteriores, es decir, a las ayudas diagnósticas y a la diagnosis médica que la profesional evidenció; todo ello sucedió en la Clínica Comfenalco, teniendo el médico la obligación de ordenar una atención inmediata.

Luego, de la atención de urgencias del 01 de junio de 2012, indica que en los hallazgos de la primera atención se refiere a síntomas totalmente negativos, existe un examen físico etc.; pero en los hallazgos al reseñar la cabeza, cuello, corazón, pulmones, abdomen, al neurológico, a la piel y otros, la mayoría de los cuales se indican como normales; en el abdomen habla de un abdomen blando, depresible, se deja reprimir sin áreas de defensa, perístasis presente y en el hallazgo genitourinario, como primera circunstancia aparece "*no evaluado*"; en el análisis que el médico mencionó del Ministerio de Salud, cuando se habla de dolor abdominal, específicamente dice, que debe haber una revisión del tracto urinario y del recto y, en este caso, no fue evaluado; circunstancia aún más que refleja que existió negligencia por parte del médico de urgencias; como segunda circunstancia, refiere a las atenciones médicas por el especialista, donde llama la atención porque los testículos no están en el escroto, que no descienden con maniobras y la ecografía testicular y muy específicamente, donde sugiere evaluación por cirujano pediátrico; distancias 7, 17 y el 06 de junio, son como 15 días después, donde se desencadena la urgencia y no existe un análisis de esa situación por parte del médico de urgencias o el pediatra, donde se debía verificar la situación del menor;

otra circunstancia de gravedad es que se trata de un menor de tres (3) años, porque en la auscultación de un menor no se expresa como lo hace un adulto; el médico en su momento debía hacer un diagnóstico mucho más serio y profesional y si se trata de establecer bajo estas circunstancias lo referente al órgano genitourinario y, por alguna razón, le daba temor por circunstancias de orden sexual, que no es del caso porque es un médico, donde están presentes los padres, pues simplemente llama al padre y realiza la evaluación, pero frente a un diagnóstico de estas condiciones no podía ausentarse; ahí existe una autentica negligencia por parte del médico, circunstancia que se vuelve a verificar ya no con el testigo técnico sino con los deponentes que intervinieron; en este caso, se resalta la versión de la madre del menor y de la señora que lo cuidaba, toda vez, que el padre al absolver el interrogatorio no estaba contextualizado frente a todo lo acontecido y los otros dos familiares, aportan algunos eventos de comprensión y ayuda que para el caso no es de recibo, como lo ha dispuesto la jurisprudencia; se saltaron todos los protocolos o parte de ellos; existe una manifestación de la señora Sulay, donde señala que dentro de los trece (13) días anteriores no se encontró cita para cirujano pediátrico; afirmación indefinida que es difícil de probar pero es circunstancial a la situación que se está presentando porque las citas las abrían a principio de mes; afirmación que a pesar de ser indefinida coincide con circunstancias de orden común y en el presente caso, se había apoyado en una ayuda diagnóstica del 17 de mayo, y las citas solo podían ser abiertas al inicio de mes cuando ya se estaba presentando la urgencia; además, al médico que lo

atendió le mostró la ecografía, pero no dijo nada, simplemente que iba a verificar qué le habían hecho al niño; la señora Gladys de Jesús Mejía Patiño, termina refrendando el dicho de la madre y genera lo que la jurisprudencia y la doctrina denominan, la razón del dicho y, con ello, es suficiente para determinar ese tipo de responsabilidad; la señora Mejía Patiño indica que le sugirió al médico que le hiciera exámenes al menor y éste le respondió que él era el médico; lo que frente al diagnóstico y a la ayuda diagnóstica que demuestran una asunción del testículo izquierdo, determina que la obligación del médico era consultar, por lo que desconoció todos los protocolos médicos y simplemente, con el debido respeto, se basó en un ojo clínico; desconociendo toda la experiencia que tenía como pediatra y frente a estas circunstancias se genera este tipo de situaciones. De esta forma y con soporte en la prueba documental y testimonial, queda analizada la negligencia en la que incurrió la Clínica Comfenalco.

Superado lo anterior, esto es, lo referente al análisis del hecho y el nexo causal; en relación al daño se allegaron dos dictámenes en los que se alude a una limitación del 7.50% de merma de capacidad laboral, en torno a unas condiciones de orden futuro, donde el médico Londoño Pimienta, a pesar de no ser el médico tratante ni de urgencias o el pediatra, al finalizar su intervención a un interrogante de la parte demandada, específicamente mencionó que la torcedura del testículo se podía generar con vómito y dolor abdominal agudo y en los protocolos que mencionó el llamado en garantía, establecidos por el Ministerio de Salud, cuando se

habla de dolor abdominal agudo, refiere que en la evaluación del abdomen agudo se siguen básicamente tres (3) objetivos, establecer un diagnóstico diferencial y un plan de evaluación clínica inmunológica; determinar si existe indicación para un tratamiento quirúrgico y la participación del cirujano desde el mismo momento del ingreso del paciente es fundamental; igualmente, precisa que el examen físico detallado incluye evaluación del estado general, registro de los signos vitales; inspección, auscultación, percusión y palpación abdominal; búsqueda de signos específicos y, finalmente el examen genital y rectal; el cual no se evaluó como viene de indicarse; dicho protocolo se apoya en la "*Lex Artis*" y en relación a dichas circunstancias, existió negligencia. Volviendo al punto que se viene analizando; además del examen que se realiza en la tabla de roles, como estudio y juegos en niños y niñas de tres (3) años y adolescentes, el máximo asignado es de cero, entonces, físicamente se puede decir que no existió un daño, que por el momento es difícil determinar un daño futuro como lo advirtió el experto, lo que corrobora la médica especialista y de hecho el otro testículo puede suplir dicha necesidad; pues simplemente señala que son cuestiones a futuro que por el momento no están demostradas en cuanto a la existencia de un| daño físico, pero muy al contrario, el dictamen pericial elaborado por el perito psicólogo indica que requieren de acompañamiento no solo los padres sino el infante, pero no propiamente por él sino por los progenitores que en estos momentos tienen al menor en una situación de ansiedad, que si no asumen, se generarán unos perjuicios de trastornos de ansiedad y postraumáticos; es decir, que como lo señala el llamado en garantía no hay un daño físico, pero

si hay un daño psicológico y está demostrado con la intervención del galeno Juan Esteban Londoño, quien expresa que el menor tiene una relación invalida con la madre y que en definitiva los padres demandan acompañamiento; lo que puede tener un impacto significativo en el desarrollo de su personalidad por la sobreprotección de la madre, lo que conlleva a comportamiento invasivo en su personalidad como lo alcanza a reconocer el niño; es decir, que está demostrado el daño.

Frente a los perjuicios solicitados, resulta relevante traer a colación lo previsto por la jurisprudencia; en este caso, se solicita la causación del daño en un grado extrapatrimonial en la modalidad de moral y a la vida de relación, puesto que el daño emergente referido no fue debidamente desarrollado. En torno a los perjuicios morales y daño a la vida de relación que se reclaman y teniendo en cuenta la relación de padres e hijo y que los testigos fueron unánimes al señalar una buena y cercana relación familiar; para la madre se fijará el equivalente a 30 SMLMV, esto es \$24.843.880,00, y para el padre 20 SMLMV que equivalen a \$16.562.320,00, no hay lugar a indexar dichas sumas porque corresponden al valor del salario mínimo actual; esta diferencia obedece a que en el proceso está demostrado que el perjuicio moral es mayor para la madre del infante; para el menor la afectación moral o psicológica es nula tal como se desprende de la prueba psicológica aportada, no habiendo lugar a su reconocimiento. En torno al daño a la vida de relación, se reconocerá a cada uno de los padres el equivalente a 5 SMLMV, esto es \$4.140.580,00 y al menor 10 SMLMV esto es \$8.281.160,00;

dineros que serán cancelados por la demandada propietaria de la IPS y EPS COMFENALCO.

En torno al llamamiento en garantía, precisa que se encuentra sustentado en la póliza No. 1009575 y en consecuencia advierte, que en los amparos contratados se refiere a los daños extrapatrimoniales hasta cien millones asegurados y en el dorso de dicho documento, como lo señaló el llamado, la vigencia aplicable no es al momento del evento sino de la reclamación; bajo un análisis jurisprudencial esa excepción de cobertura no puede ser de recibo, ya que la reclamación a Comfenalco se hizo mucho después, pero fue la única manera que se pudo enterar del mismo y, en consecuencia, no se puede generar una situación de esas de cobertura porque no se alegaron excepciones de prescripción; de manera que esa ausencia de cobertura no cabe dentro del análisis; tampoco se puede acoger lo señalado por la llamada en las alegaciones finales en cuanto al monto de los perjuicios reclamados y la vigencia de la póliza; en cuanto al monto a reconocer por los daños es importante resaltar que está limitado en la póliza así como el deducible pactado; en este orden de ideas, habrá lugar a desestimar las excepciones propuestas por la llamada en garantía. Consecuente con lo anterior, no habrá lugar a reconocer los medios exceptivos propuestos y en su lugar, se acogerán las pretensiones de la demanda.

En relación a las aclaraciones solicitadas por la demandada y la llamada en garantía señaló que, en constancia obrante en el proceso refiere a que la Caja de Compensación Comfenalco

Antioquia, es una entidad privada sin ánimo de lucro, organizada como corporación que cumple funciones de seguridad social; funciones que también están dirigidas a los programas de salud EPS S-C de la caja de compensación familiar; es por eso que la condena es frente a la Caja de Compensación Familiar Comfenalco Antioquia, frente a los programas de salud EPS S-C; y frente a la aclaración de la llamada, la condena no puede ser en su contra de manera directa porque viene actuando como llamada en garantía por la Caja de Compensación Familiar Comfenalco, entonces se trata de una circunstancia de reembolso.

Apelación: Ambas partes y la llamada en garantía interpusieron el recurso de apelación, señalando como reparos: La parte demandante indica que como primera medida no se consideran perjuicios morales a favor del menor Sebastián, con fundamento en el dictamen psicológico; a lo que haría referencia analógica, con lo que puede pasar con un niño o un bebé, que pierda su padre y no ser consciente en ese momento por la edad que tiene, del dolor y la angustia que le produce la ausencia de ese ser querido; lo que es asimilable a la situación que vive Sebastián, quien entonces no es consciente de la ausencia de este órgano genital, que tanpreciado es para los seres humanos y que es una ausencia que lo va a acompañar durante toda la vida, lo que está acreditado en el dictamen médico laboral en un porcentaje de 7.5% de deficiencia y, por esa misma razón, el perjuicio a la vida de relación derivado de esa pérdida del órgano que hoy no puede ser perceptible porque no es un sujeto sexual activo, pero en la

demanda se pide y, seguramente, si posteriormente se pretendiera algo se alegaría cosa juzgada; razones por las que solicita el perjuicio por toda la vida del niño; igualmente, está inconforme con lo reducido del monto del perjuicio fisiológico reconocido.

En segunda instancia, dentro del término del traslado se pronunció, ratificando en esencia los argumentos expuestos al formular el recurso de apelación; agregando, en torno a los perjuicios solicitados para la víctima directa, que no se puede desconocer la potencialidad del daño y la inminencia de los perjuicios; el hecho que el perjuicio no se palpe en este momento no significa que no tenga la capacidad fatal, inexorable de causar un perjuicio de orden fisiológico y moral a la víctima directa; es inevitable, porque cuando el menor llegue a su adolescencia afrontará su vida con la completa indiferencia por la pérdida de un testículo; ya que experimentará sensaciones biológicas propias de los cambios hormonales, los cuales estarán íntima e inevitablemente vinculados a su sexualidad; cambios que lo acompañaran en su adolescencia, juventud y resto de su vida, sin que no se pueda afirmar de que no existe y que no se manifestará; por el contrario, el menor como víctima directa, está próximo a llegar al umbral de la pubertad y empezará a experimentar los perjuicios morales, fisiológicos y a la vida de relación que se demandan. Por estas razones, solicita se confirme la sentencia en los puntos no apelados; se revoque en los que fueron objeto de inconformidad.

En cuanto al recurso de apelación del extremo pasivo expresa que se ha generado una falacia al argumentar que la EPS está liquidada y, por ende, existe una falta de legitimación en la causa por pasiva y no se debió condenar a quien no existe; lo que se debe tener presente es que la EPS COMFENALCO nunca fue una persona jurídica sino una cuenta de propiedad de la demandada CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMFENALCO, quien en vista de que la EPS se liquidó debe responder. En cuanto a la condena a favor de las víctimas indirectas, advierte, que la acción de responsabilidad civil por regla general es autónoma para las víctimas directas e indirectas; incluso, puede suceder que a la víctima directa no se le cause ningún perjuicio y, por el contrario, a las víctimas indirectas sí.

La demandada al momento de formular el recurso adujo, que: i) no existe prueba idónea de la ocurrencia de una falla médica o que determine la presencia de un nexo de causalidad con el perjuicio padecido; el a quo se abrogó la facultad de ser un interpretador, como si se tratara de un médico especialista y sin ningún fundamento tomó decisiones e hizo referencias y consideraciones sin soporte y, esencialmente, sin el conocimiento médico requerido; ii) toda la valoración probatoria está alejada de la realidad porque el 07 de mayo de 2012, el menor consultó en un examen normal y la médica tratante Luz Stella López Ramírez, observó que no le había descendido el testículo al escroto y ordenó la práctica de una ecografía testicular, que constató dicha situación; la médica radióloga, en el examen que practicó al menor el 17 de mayo en la Clínica Comfenalco,

sugiere que se consulte a un cirujano pediatra, en dicha consulta no hay una sola anotación en la historia clínica, más allá del dicho de la propia interesada, que indique algún reclamo o alguna situación puesta en consideración de Comfenalco porque no habían citas y era una situación urgente; iii) la torsión testicular es un evento de urgencia, es quizás de las pocas urgencias pediátricas que requieren de un procedimiento quirúrgico, porque el dolor es fulminante y se concreta a la parte inguinal, es un dolor claro y definido por los médicos; el niño en la consulta del 01 de junio fue valorado por dos médicos especialistas en pediatría y ninguno determinó la ocurrencia de un evento de esta naturaleza; el Juzgado se atiene a una nota en la historia clínica que refiere a no valoración, pero es que las valoraciones se hacen respecto del cuadro clínico; la valoración de enfermedades ácido pépticas, no reclaman una auscultación genitourinaria y ese es uno de los graves errores en los que el Despacho incurre; iv) el evento de la urgencia como tal, por torsión testicular se presentó el 03 de junio de 2012 y no el 01 de junio, pero el Juzgado interpreta a su manera y sin respaldo probatorio, aquellos hallazgos del primero, donde se habla de un dolor en el abdomen superior; el Despacho considera que es el mismo dolor del abdomen inferior o inguinal, pero tal como lo definió la médica no puede confundirse con un dolor de abdomen superior, pues son dos entidades patológicas diferentes ubicadas espacio temporalmente distintas y el juzgado confundió como si el evento del 1º de junio fuera el mismo del 03 de junio; v) se interpretan unas guías de manejo del Ministerio de Salud, para las enfermedades de torsión testicular y se toman para sí algunas conclusiones que

no aparecen en el expediente y que no fueron objeto de prueba, fue una anotación marginal que hizo el colega de La Previsora, respecto de las inferencias que tiene esa patología como tal, pero no son hallazgos probados dentro del expediente, son situaciones que el a quo muy acuciosamente consultó en la página del ministerio, pero no son situaciones planteadas ni alegadas ni tienen ocurrencia ni presencia en el expediente; todas estas argumentaciones extrañas y ajenas al proceso, son de la cosecha del señor Juez, pero no son argumentaciones sobre las cuales se pueda referir porque no fueron objeto de prueba ni de discusión; vi) está confundiendo los programas que hicieron parte de la otrora EPS COMFENALCO, con la Caja de Compensación Familiar Comfenalco Antioquia, entidad que en dicha calidad hace parte de la seguridad social, esto es, como Caja de Compensación Familiar, pero esa característica no permea que antes hubieran tenido una EPS como lo establece el art. 177 y siguientes de la Ley 100 de 1993, y como manejan salud pública, su patrimonio es completamente independiente del patrimonio de la Caja de Compensación Familiar Comfenalco Antioquia; luego, las obligaciones y las condenas derivadas de la actividad como EPS no tienen impacto ni podrían tenerlo en la Caja de Compensación Familiar, a pesar de figurar con el mismo NIT y estructura porque son centros de costo distintos, anteriormente era el FOSYGA ahora es el ADREES; pero esos son los fondos de los cuales se nutre la salud pública en Colombia, y no de los dineros de la Caja de Compensación; vii) otra deficiencia por demás asombrosa, es que se reconocen los perjuicios morales por la aflicción del papá y la mamá del menor que

no fueron solicitados en la demanda y se exonera el perjuicio moral respecto del menor; en la demanda se piden los perjuicios por la situación del menor, pero no como unos daños o perjuicios autónomos, que le puedan sobrevenir al padre o a la madre; eventos que al no hacer parte del petitum, la demandada no tuvo la oportunidad de defenderse frente a ellos; además, resulta contradictorio con lo expuesto por el juzgado en cuanto que se cumple con todos los elementos para la prosperidad de la responsabilidad, dejando de lado, que no está acreditado ni el nexo causal ni el daño; amén, que a pesar que se condenó por perjuicios morales como lo establecen los dictámenes y los testigos, serían perjuicios a futuro y no actuales y, por ende, no son valorables; a más, que el dictamen pericial estableció que quienes tienen problemas son los padres y no el menor; en relación a la pérdida de capacidad laboral se debe tener presente, que en niños de tres (3) años no hay capacidad laboral; no existe una derivación de perjuicios en el menor; está en completo desacuerdo no solo con la argumentación sino con la condena devenida; viii) se valoró una parte de la exposición de la demandante, en cuanto que no habían citas, sin ser un hecho reportado en el texto de la demanda; se trata de una situación en vista del interés que tiene en las resultas del proceso y, por lo tanto, debió ser crítico en la valoración de esa prueba, porque no se puede tener como un testimonio de experto la versión de la madre, echando de menos la tarifa legal probatoria; ix) justificó las declaraciones y dejó de lado la de la doctora Luz Stella López Ramírez que es la médica experta y para quien no había ninguna confusión entre un cuadro clínico y otro, pero sin embargo, el Juzgado

le dio plena validez a las declaraciones de la demandante y la acompañante del niño; todo ello para indicar que no hay una sola parte de la sustentación, con la que se pueda estar de acuerdo, porque toda la valoración y el análisis de la prueba como tal, es equivocada.

Dentro de los tres (3) días siguientes a la audiencia de instrucción y juzgamiento, adicionó los argumentos expuestos, puntualizando que no está de acuerdo con las consideraciones erráticas del Juzgado que lo llevaron a declarar que la demandada como propietaria de la EPS e IPS Comfenalco es responsable de los daños causados a los demandantes, porque no está acreditada la culpa médica; hubo una inadecuada valoración de la prueba y porque con los elementos de convicción aportados está acreditado lo contrario y, por tanto, los medios de defensa están llamados a prosperar; que el Juzgado asumió que la "*ecografía testicular*" fue conocida por los médicos el 01 de junio de 2012, cuando en la historia clínica no existe ningún reporte del hallazgo, entonces no fue reportado, el interesado debió remitir la imagen al examinador y no al contrario, asumió hechos inexistentes; los cuadros clínicos del 01 y 03 de junio de 2012, fueron analizados por el fallador de forma absolutamente diferente. En cuanto al daño moral y a la vida de relación, indica que son idénticos, agrupados como daño a la salud, los duplica para aumentar el valor de la condena; con los dictámenes aportados está acreditado que no hay daño en el menor, el perjuicio obedece a la madre por su ansiosa y nociva sobreprotección; no está acreditado el perjuicio como elemento axiológico de la responsabilidad

médica; la prueba derivada de los dictámenes periciales en psicología y pérdida de capacidad laboral, son rotundos y precisos en indicar que el menor no padeció perjuicio o que es imposible de valorarse; además, precisan que la testosterona y la producción de espermatozoides se puede cumplir con el testículo residual; el fallo es absolutamente contradictorio porque sin daño no hay lugar a condena, pues así lo dispuso al no condenar al daño moral por el menor, pero no obstante ello, lo concede en favor de los padres; no puede condenar por responsabilidad médica a la Caja de Compensación Familiar demandada, cuando su objeto no es la prestación de servicios de salud.

Así mismo indica que los programas de EPS subsidiada y contributiva fueron liquidados (folios 369 a 382 cuaderno principal); en Resolución No. 00361 del 12 de febrero de 2014, la Superintendencia de Salud, ordenó tomar posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar el PROGRAMA DE ENTIDAD, PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO DE LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMFENALCO ANTIOQUIA; una vez agotados los trámites respectivos el Agente Especial Liquidador designado por la Superintendencia de Salud, por Resolución No. 00932 del 10 de abril de 2017, declaró configurado el desequilibrio financiero por (-) ciento diez mil diecisiete millones sesenta y tres mil ciento cincuenta y cinco pesos (\$110.017.073.155.00), del proceso de liquidación; en virtud de lo anterior, igualmente dispuso rechazar totalmente las obligaciones litigiosas y declaró la imposibilidad material y

financiera de constituir reservas técnicas y económicas, con lo cual en adelante en caso de producirse cualquier tipo de condena en contra del PROGRAMA DE ENTIDAD, PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO DE LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMFENALCO ANTIOQUIA, no sería posible su pago por el agotamiento total de los activos; la resolución fue debidamente notificada a los acreedores, a la Superintendencia de Salud, a la Nación, al Ministerio de Salud y Protección Social – FOSYGA y a la Contraloría General de la República; consecuente con dicha determinación no existe subrogatario legal, sustituto o sucesor procesal, mandato con representación, patrimonio autónomo o cualquier otra figura jurídico procesal que surta los mismos efectos y que pueda ser parte procesal en representación de la extinta entidad.

El Agente Especial Liquidador, en Resolución No. 00933 del 12 de abril de 2017, declaró terminada la existencia legal del PROGRAMA DE ENTIDAD, PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO DE LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMFENALCO ANTIOQUIA y como consecuencia de la terminación, señaló que no puede existir subrogación legal, sustitución o sucesión procesal, mandato con representación, patrimonio autónomo o cualquier otra figura jurídico procesal que surta los mismos efectos en los procesos en los cuales sea demandado el citado programa; además, ordenó a las autoridades competentes la cancelación de los registros y códigos que aparecían a nombre del programa; así como la inscripción de la resolución en los registros administrativos respectivos; amén, que como el programa se encuentra

liquidado, a partir del 12 de abril de 2017, ningún juez de la República, autoridad administrativa o fiscal puede admitir demanda o actuación administrativa en contra del extinto programa; además, de conformidad con lo previsto en el art. 40 de la Ley 1430 de 2010, que modificó el artículo 65 de la Ley 633 de 2000, la Caja de Compensación Familiar Comfenalco Antioquia, no puede ser ejecutada por obligaciones a cargo del PROGRAMA DE ENTIDAD, PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO DE LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMFENALCO ANTIOQUIA; igualmente, se dispuso la cancelación del registro del Agente Especial Liquidador, con lo cual, cesaron las funciones públicas transitorias derivadas de la designación efectuadas por la Superintendencia de Salud.

La resolución No. 00932 del 10 de abril de 2017, expedida por la Superintendencia de Salud, también declaró la imposibilidad material y financiera de los programas de la entidad promotora de salud del régimen contributivo en liquidación (hoy liquidado) y subsidiado de la Caja de Compensación Familiar Comfenalco Antioquia, de constituir reservas técnicas y económicas y en caso de que se produzca cualquier tipo de condena en procesos judiciales, ordinarios, declarativos, ejecutivos, de responsabilidad fiscal y/o sancionatorios, sanciones, multas, costas y agencias en derecho, no será posible efectuar el pago de la eventual condena, por el agotamiento de los activos disponibles de los programas indicados, hoy liquidados; conforme con el art. 40 de la Ley 1430 de 2010, modificado por el 65 de la Ley 633 de 2000, está prohibido el uso de recursos provenientes de

los aportes parafiscales que administran las cajas de compensación familiar.

Así la Caja de Compensación Familiar Comfenalco y Comfenalco EPS, hubieran funcionado con el mismo NIT y compartieran idéntica dirección, es necesario establecer que no son una misma entidad como lo dispone la Ley 100 de 1993, que facultó a las Cajas de Compensación Familiar para que previo cumplimiento de los requisitos legales se vincularan como EPS, pero los patrimonios y la administración de cada entidad eran diferentes, pues basta señalar que los recursos de las EPS no son propios, sino que corresponden al Sistema General de Seguridad Social en Salud; al declararse la inexistencia legal por supresión del programa de salud de la EPS Comfenalco de la Caja de Compensación Familiar Comfenalco Antioquia, se extinguió su entidad jurídica, cancelan su habilitación y se da por terminado el otrora PROGRAMA DE ENTIDAD, PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO DE LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMFENALCO ANTIOQUIA; poco antes de su extinción y por un período de cinco (5) años, se designó como mandatario con representación al Dr. Jorge Alejandro Gómez Bedoya, única y exclusivamente para el cumplimiento de funciones residuales de la liquidación, disposición de archivos documentales, terminación de los procesos legales en curso etc.; los recursos aportados a la fiducia bancaria (fondo común) no se pueden destinar al pago de sentencias y/o condenas a cargo del extinto programa, porque todas las acreencias a favor de terceros tuvieron que haber sido tramitadas al interior del proceso liquidatorio, no

siendo posible emitir condena alguna a cargo de la EPS Comfenalco por inexistencia del demandado.

En segunda instancia, oportunamente volvió sobre los fundamentos que vienen de compendiarse, adujo que el a quo no realizó una debida valoración probatoria porque fundamentó la decisión en supuestos indicios, dejando de lado la prueba oral y documental allegada, con la que quedó demostrado que la demandada actuó conforme la "*Lex Artis*".

Por su parte, la llamada en garantía como motivos de inconformidad señaló que el Juzgado hizo una indebida valoración de las pruebas, les dio a los testimonios de la parte actora y al interrogatorio de la demandante una fuerza probatoria que no consulta la realidad y desconoció a la testigo técnica que era quien podía ayudar a resolver el asunto; el a quo llegó a conclusiones propias como si fuera un médico, pero cada una de esas conclusiones se encuentra desacreditada con el testimonio de la doctora Luz Stella López Ramírez, especialista pediatra; de cierta manera el Despacho agrava o exige mayor diligencia a la parte demandada, al decir que era un menor y, por tanto, no podía manifestar bien sus síntomas; más lo contrario fue lo que dijo la médica, quien en dos oportunidades manifestó en forma clara y reiterativa que un niño de tres años, puede decir claramente si siente o no dolor; incluso, que habló con los padres del menor y luego se dirigió a éste porque un menor de tres años está en suficiente capacidad para decir si tiene dolor o no; el Despacho llega a conclusiones construyendo a partir de unas guías un diagnóstico y además le da

importancia a las atenciones de mayo, cuando la pediatra fue clara en indicar que en la ecografía que se hizo en mayo no se evidenciaba ni una torsión ni síntomas asociados a ello, no había inflamación, no había nada; incluso, indicó que entre las atenciones del 17 de mayo y 01 de junio, era un tiempo justo para tomar decisiones porque en esos momentos no había torsión testicular, era un testículo sin torsión y el manejo era ambulatorio; además, afirmó que no existía relación alguna entre un testículo que no había descendido y una torsión testicular, ella dijo claramente que la torsión se presentó el 02 de junio porque en ninguna de las anteriores consultas habían síntomas indicativos de ello, como dolor abdominal bajo y como se ve en la historia clínica del 01 de junio de 2012, el dolor que presentaba el menor es abdominal superior; además, difiere del Despacho cuando reconoce que no hay un verdadero daño frente al menor, pero procede a emitir condena, desconociendo que la institución de la responsabilidad civil está creada para indemnizar los daños verdaderamente sufridos y la condena es sobre imaginarios e hipotéticos, a más, que los peritos fueron claros que hasta el momento no existe prueba alguna en tal sentido y que el niño presenta una evolución y desarrollo absolutamente normal para su edad; al analizar el llamamiento en garantía no tuvo en cuenta las condiciones pactadas en la póliza.

Dentro de los tres (3) días siguientes a la audiencia de instrucción y juzgamiento, expresa además que el fallador tiene por probada la culpa médica sin estarlo, puesto que el caudal probatorio da cuenta de una actuación diligente por parte del personal médico, desconociendo lo previsto en el

art. 164 del C. General del Proceso; el a quo dejó de lado el testimonio técnico de la pediatra Luz Stella López y realizó su propia valoración sobre las atenciones brindadas por la demandada, a partir de una consulta descontextualizada de las guías de manejo del Ministerio de Salud, sin tener los conocimientos técnicos y científicos requeridos y sin que existiera contradicción frente a las mismas; el fallador no puede acudir a los protocolos médicos sin verificar su incidencia material y jurídica en el caso concreto, pues no toda falta de aplicación de un protocolo médico o la aplicación incorrecta genera de manera automática responsabilidad jurídica; además, el a quo no apreció correctamente el testimonio de la médica Luz Stella López Ramírez y la historia clínica, porque allí aparece que la torsión testicular tuvo lugar el 02 de junio de 2012 y el menor fue llevado a urgencias al día siguiente, cuando había transcurrido más de veinte (20) horas desde el evento; está acreditado que el 01 de junio de 2012, no existían síntomas que permitieran sospechar o diagnosticar la torsión testicular, tales como dolor abdominal inferior y dolor agudo en el testículo; la historia clínica del 03 de junio de 2012, es clara en indicar que el dolor inguinal se presentó el 02 de los mismos, a las 10:00 a.m., y tan solo a las 6:00 p.m., se encontró una masa en el testículo.

El a quo desconoce el art. 167 del C. General del Proceso, porque fundamenta la decisión en una carga dinámica de la prueba que nunca fue establecida ni decretada, ya que incumbía a la parte demandante acreditar que el asegurado incurrió en un actuar negligente y que fue la causa directa y exclusiva de las secuelas que se reclaman, pues la

responsabilidad médica gravita sobre el sistema de culpa probada como lo señala la ley, la doctrina y la jurisprudencia, de donde el extremo activo tenía que acreditar técnica y científicamente que la pérdida del testículo del menor fue consecuencia de un actuar negligente e imputable a la demandada, lo que no fue acreditado; el fallador tiene por acreditado el nexo causal, desconociendo que en el proceso está probado que la torsión testicular debe tratarse dentro de las primeras 6 a 12 horas desde que se presenta, para evitar un proceso de necrosis y, en este caso, cuando el paciente ingresó a la clínica presentaba un cuadro de torsión testicular con evolución de más de 22 horas, cuando no era posible salvar el testículo; el a quo no tuvo por probado estándolo que el resultado se produce por culpa de la víctima indirecta, en tanto que la madre del menor no acudió al servicio de urgencias de manera oportuna; bajo estas circunstancias, es evidente el error del fallador al fundar el análisis de la responsabilidad en las atenciones médicas del 07 y 17 de mayo de 2012, de cara al resultado dañoso que aduce la parte demandante y construir un nexo causal bajo el argumento que la ecografía mostraba que el *“testículo está en una condición que no es normal”* y que los galenos debieron realizar una revisión de los genitales del menor en la atención del 01 de junio de 2012, sin apreciar la versión de la doctora Luz Stella López Ramírez, pues de haberlo hecho hubiera llegado a la conclusión contraria. También se equivoca el fallador, al conceder la indemnización por perjuicios extrapatrimoniales, sin existir certeza sobre su causación, puesto que los médicos Luz Stella López Ramírez y Jaime León Londoño Pimienta, fueron claros en afirmar que

no existe ninguna afectación que se derive del evento y que pueda evitar el desarrollo hormonal y sexual del menor, lo que es acorde con la valoración del 0% de pérdida de capacidad laboral, porque la ausencia del testículo en nada afectará la vida del menor.

El a quo a pesar que realizó algunas manifestaciones no resolvió el llamamiento en garantía, pues no efectuó un análisis claro de las coberturas, exclusiones, vigencias, valores asegurados, deducibles etc., indicando finalmente la suma que debe ser reembolsada; aunque el a quo se pronunció en torno al llamamiento no lo decidió porque se enfocó en resolver la excepción de ausencia de cobertura, de la que desistió en virtud de una póliza que fue aportada con posterioridad; no analizó las condiciones de la póliza, específicamente, el deducible y el sub-límite para el amparo de perjuicios extrapatrimoniales, dejando al arbitrio de las partes la interpretación del contrato de seguro y abriendo la posibilidad de un nuevo proceso; por estas razones, solicita revocar la sentencia de primer grado y, en su lugar, absolver a la demandada (folios 389 a 392 cuaderno principal).

Al descorre el traslado en segunda instancia, en esencia volvió sobre los argumentos indicados líneas atrás.

CONSIDERACIONES

Problemas jurídicos: El recurso de apelación de cara a la sentencia de primer grado plantea los siguientes problemas jurídicos que el Tribunal debe resolver: ¿La demandada tiene

legitimación en la causa por pasiva? ¿La parte demandante cumplió con la carga de la prueba que le incumbía? ¿Las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar?

El caso concreto: La demanda fue dirigida contra la Caja de Compensación Familiar Comfenalco Antioquia, en calidad de propietaria de la IPS y EPS Comfenalco; los hechos tercero, cuarto y quinto de la demanda afirman que los pretensores están afiliados al Sistema General de Salud del Régimen Contributivo, a través de la EPS Comfenalco y que ésta le brindó la atención en salud al menor Sebastián Sarabia Henao; además, con la demanda se trajo como anexo comunicación expedida por la Superintendencia Nacional de Salud, el 18 de agosto de 2015, dando respuesta al derecho de petición presentado por el apoderado judicial de los pretensores, informando en cuanto si existe alguna entidad o entidades que hayan asumido las responsabilidades civiles a cargo de la IPS y EPS Comfenalco y si dicha entidad no existe, quien es el llamado a responder judicialmente por los perjuicios que causó; al efecto, señala que: *“Al respecto vale precisar que la EPS COMFENALCO no se encuentra liquidada, pues actualmente dicha Entidad Promotora de Salud está en proceso de liquidación de conformidad con lo dispuesto en las Resoluciones 0808 de 2012 y 361 de 2014, emitidas por la Superintendencia Nacional de Salud. Precisamente, la Superintendencia Nacional de Salud, en ejercicio de su función de control, a través de la Resolución 361 de 2014 ya mencionada, ordenó tomar posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la Intervención Forzosa Administrativa para Liquidar el Programa de la Entidad Promotora de Salud*

del Régimen Contributivo de la Caja de Compensación Familiar Comfenalco.

"... Ahora bien, en lo que respecta a la primera pregunta, frente a la asunción de responsabilidad civil, debe precisar esta oficina que atendiendo los hechos referidos en la petición en los que señala una situación de responsabilidad médica, y teniendo en cuenta que la EPS COMFENALCO no se encuentra liquidada, todas las actuaciones civiles que adelante el peticionario, podrán ser ventiladas ante la jurisdicción civil de considerarlo pertinente, de acuerdo con lo establecido en el numeral 8 del artículo 625 de la Ley 1564 de 2012, y/o ante el Agente Especial designado para adelantar la intervención forzosa administrativa para liquidar el programa de EPS de Comfenalco, conforme con lo señalado en la Resolución 808 de 2012 y sus modificaciones" (folio 1 cuaderno principal).

Sumado a lo anterior, tenemos que por Resolución No. 000933, del 12 de abril de 2017, expedida por el Agente Especial Liquidador, designado por la Superintendencia Nacional de Salud, dispuso la terminación de la existencia del Programa de Entidad Promotora de Salud del Régimen Contributivo en Liquidación de la Caja de Compensación Familiar Comfenalco Antioquia, ordenando en la parte resolutive: *"ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR terminada la existencia legal del Programa de Entidad Promotora de Salud del Régimen Contributivo en Liquidación de la Caja de Compensación Familiar Comfenalco Antioquia, identificado con el NIT 890.900.842-6 y con domicilio en el municipio de Medellín del departamento de Antioquia"*.

Significa lo anterior, que para la fecha de presentación de la demanda, 18 de diciembre de 2015 (folio 132 cuaderno principal) y de retiro de los anexos por parte de la Caja de Compensación, 25 de noviembre de 2016 (folios 172 cuaderno principal); la EPS Comfenalco que desarrollaba el Programa de la Entidad Promotora de Salud del Régimen Contributivo de la Caja de Compensación Familiar Comfenalco, entidad a la que se tilda como responsable de la deficiente atención del servicio de salud del menor y de los perjuicios ocasionados a los demandantes, tenía plena existencia, pues como viene de indicarse la declaratoria de terminación de su existencia tuvo lugar el 12 de abril de 2017, lo que pone de presente que para la fecha de presentación de la demanda y notificación a la demandada, válidamente podía comparecer al proceso como lo ordena el art. 54 del C. General del Proceso, que al efecto, dispone: *“Las personas jurídicas y los patrimonios autónomos comparecerán al proceso por medio de sus representantes, con arreglo a lo que disponga la Constitución, la ley o los estatutos. En el caso de los patrimonios autónomos constituidos a través de sociedades fiduciarias, comparecerán por medio del representante legal o apoderado de la respectiva sociedad fiduciaria, quien actuará como su vocera.*

“Cuando la persona jurídica demandada tenga varios representantes o apoderados distintos de aquellos, podrá citarse a cualquiera de ellos, aunque no esté facultado para obrar separadamente. Las personas jurídicas también podrán

comparecer a través de representantes legales para asuntos judiciales o apoderados generales debidamente inscritos.

“Cuando la persona jurídica se encuentre en estado de liquidación deberá ser representada por su liquidador”.

Aunado a lo anterior, observa la Sala, que el objeto social de la Empresa Promotora de Salud EPS Comfenalco, su patrimonio y responsabilidad, son independientes y autónomos de la demandada Caja de Compensación Familiar Comfenalco Antioquia; al respecto el art. 40 de la Ley 1430 de 2010, que modificó el artículo 65 de la Ley 633 de 2000, establece: *“El artículo 65 de la Ley 633 de 2000, quedará así: Las cajas tendrán un manejo financiero independiente y en cuentas separadas del recaudo del cuatro por ciento (4%) de la nómina, para los servicios de mercadeo y salud, incluidos en estos últimos las actividades de IPS y EPS. Por consiguiente, a partir de la vigencia de la presente Ley, en ningún caso los recursos provenientes del aporte del cuatro por ciento (4%) podrán destinarse a subsidiar dichas actividades”.*

Además, la Resolución No. 00932 del 10 de abril de 2017, expedida por el Agente Especial Liquidador designado por la Superintendencia Nacional de Salud, en el párrafo del art. tercero de la parte motiva dispuso: *“RECHAZAR TOTALMENTE las obligaciones litigiosas y DECLARAR la imposibilidad material y financiera de los PROGRAMAS DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO Y SUBSIDIADO EN LIQUIDACIÓN DE LA CAJA DE*

COMPENSACIÓN FAMILIAR COMFENALCO ANTIOQUIA de constituir reservas técnicas y económicas, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente Resolución y en consecuencia, en caso de producirse cualquier tipo de condena por concepto de procesos judiciales ordinarios, declarativos, ejecutivos, de responsabilidad fiscal y/o sancionatorios, sanciones, multas, costas y agencias en derecho en contra de los PROGRAMAS DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO EN LIQUIDACIÓN Y SUBSIDIADO LIQUIDADO DE LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMFENALCO ANTIOQUIA, no será posible efectuar el pago de la eventual condena, por el agotamiento total de los activos disponibles de los PROGRAMAS DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO EN LIQUIDACIÓN Y SUBSIDIADO LIQUIDADO DE LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMFENALCO ANTIOQUIA”.

Igualmente, el inciso segundo del art. tercero de la Resolución No. 000933 del 12 de abril de 2017, ordenó: “Conforme a lo dispuesto en la Resolución No. 000933 de 12 de abril de 2017 expedida por el Agente Especial Liquidador, el PROGRAMA DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO DE LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMFENALCO ANTIOQUIA, identificado con el NIT 890.900.842-6, se encuentra Liquidado, por lo cual a partir del 12 de julio de 2017 ningún Juez de la República, autoridad administrativa o fiscal puede admitir demanda o actuación administrativa en contra del extinto PROGRAMA DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO

LIQUIDADO DE LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMFENALCO ANTIOQUIA, identificado con el NIT 890.900.842-6".

Incluso, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 20 de junio de 2014, en la acción de tutela promovida por Medicarte S.A., en contra del Juzgado Doce Civil del Circuito de Medellín, radicada con el No. 05001-22-03-000-2014-00300-01, M.P. Dra. Margarita Cabello Blanco, precisó: *"Así las cosas, con base en el marco normativo precedente, surge, de un lado, que el Programa de Entidad Promotora de Salud del Régimen Contributivo de la Caja de Compensación Familiar Comfenalco Antioquia en liquidación, actuó como delegataria legal del Fondo de Solidaridad y Garantía, por lo cual las obligaciones adquiridas en desarrollo de dicho mandato legal, no pueden solventarse con recursos del subsidio familiar, como sucede con las reclamadas en el litigio materia de pronunciamiento.*

"Y, de otro, que una vez comienza la liquidación de un determinado ente, habrán de anularse las actuaciones posteriores a aquella en punto de las deudas ejecutivamente cobradas, a fin de ser remitidas estas a dicho trámite cuando se hubiesen promovido desde antes de declararse la misma, para efectos de ser atendidos los derroteros demarcados por el legislador.

"Dicho de otro modo, la referida caja de compensación, por expresa prohibición legal, no puede subsidiar o pagar obligaciones del Programa de Entidad Promotora de Salud del

Régimen Contributivo, hoy día en Liquidación, con recursos del aporte proveniente del 4% que aquella recauda, por cuanto que ello, en aras del «manejo financiero», es improcedente para «los servicios de mercado y salud», máxime que en el ejercitamiento de dicho programa actuó como delegataria legal del FOSYGA, siendo del caso, entonces, una vez se declara la situación de «liquidación», realizar al interior de ese trámite los pagos de las acreencias reclamadas, tras ser reconocidas por el Agente Especial Liquidador, únicamente con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

Bajo estas circunstancias, la EPS Comfenalco, a quien se le endilga la responsabilidad por la atención del servicio de salud del menor y de los perjuicios ocasionados a los demandantes, para la fecha en que fue presentada la demanda tenía plena existencia legal, puesto que la declaratoria de terminación de su existencia tuvo lugar el 12 de abril de 2017, como viene de indicarse y, por tanto, podía comparecer al proceso y resistir las pretensiones enarboladas en la demanda, como lo dispone el art. 54 del C. General del Proceso; de donde se sigue, que la Caja de Compensación Familiar Comfenalco Antioquia, no era la llamada resistir las pretensiones de la demanda y, por tanto no tenía legitimación por pasiva

Consecuente con lo anterior, se declarará en forma oficiosa la falta de legitimación en la causa por pasiva de la demandada Caja de Compensación Comfenalco Antioquia, quedando el Tribunal relevado de cualquier otro

pronunciamiento sobre las demás inconformidades contra la sentencia de primer grado.

Conclusión: Consecuente con lo anterior, se revocará la sentencia de primer grado y, en su lugar, se declarará la falta de legitimación en la causa por pasiva de la demandada Caja de Compensación Familiar Comfenalco Antioquia; consecuente con lo anterior, se desestimarán las pretensiones de la demanda.

No habrá lugar a condena en costas porque el extremo activo está amparado por pobre.

RESOLUCIÓN:

A mérito de lo expuesto **LA SALA SEGUNDA DE DECISIÓN CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

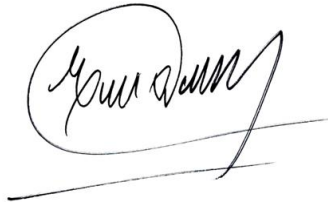
F A L L A:

- 1.** Por lo dicho en la parte motiva se revoca la sentencia de primer grado, de fecha y procedencia indicada y, en su lugar, se declara en forma oficiosa la falta de legitimación en la causa por pasiva de la demandada Caja de Compensación Familiar Comfenalco Antioquia.
- 2.** Consecuente con lo anterior, se desestiman las pretensiones de la demanda.

- 3.** No hay lugar a condenar en costas porque el extremo activo está amparado por pobre.
- 4.** Devuélvase el expediente al lugar de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

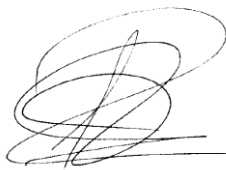
Los Magistrados



LUIS ENRIQUE GIL MARÍN



MARTHA CECILIA LEMA VILLADA



RICARDO LEÓN CARVAJAL MARTÍNEZ