

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA CIVIL-FAMILIA**

MAGISTADO PONENTE: DR. MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES

Popayán, quince (15) de julio de dos mil veintidós (2022).

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Corresponde resolver los recursos de apelación interpuestos por el demandante, la demandada y la sociedad llamada en garantía, frente a la providencia dictada en audiencia celebrada el 8 de abril de 2021, por el JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN, dentro del PROCESO DE RESPONSABILIDAD CIVIL promovido por BALMES ZÚÑIGA, en contra de COOMEVA EPS, quien llamó en garantía al HOSPITAL SUSANA LOPEZ DE VALENCIA ESE y a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS CONFIANZA SA.

LA DEMANDA Y SUS PRETENSIONES

Se solicita declarar responsable a COOMEVA EPS de los perjuicios causados a BALMES ZÚÑIGA y en consecuencia condenarla a pagar:

1. Por concepto de PERJUICIOS MATERIALES, en su modalidad de lucro cesante el valor equivalente a \$64.435.000 (100 SMLM) y la misma suma por concepto daño emergente (según juramento estimatorio).
2. Por concepto de PERJUICIOS MORALES la suma de \$64.435.000 (100 SMLM).

LOS FUNDAMENTOS FÁCTICOS

En el escrito de demanda, como hechos que sustentan las anteriores pretensiones se exponen (se relacionan

únicamente los que tienen esa calidad e interesa precisar):

1. BALMES ZÚÑIGA, de 53 años de edad, soltero y pensionado, sufrió accidente de tránsito que le dejó como secuela discapacidad física de la pierna derecha.

2. El demandante permaneció por espacio de 9 años con la pierna derecha "inmovilizada", hasta que el 1° de abril de 2014 el traumatólogo le realizó cirugía de rodilla derecha "cuadricepsplastia" para así poder flexionarla y movilizarla, permaneciendo hospitalizado hasta el día 6 del mismo mes y año.

3. El médico que realizó la cirugía indicó la necesidad de "estar en terapias ininterrumpidas, durante varios meses en una máquina de movimiento pasivo dos veces al día, por lo que le ordenó 20 sesiones de terapia para que la cirugía tuviera los beneficios deseados".

4. El 7 de abril de 2014, el demandante BALMES ZÚÑIGA solicitó autorización de las terapias a la demandada COOMEVA EPS, quien lo remitió a FISIOCENTER entidad que no cuenta con máquina de movimientos pasivos y luego a INTERFÍSICA que tampoco cuenta con dicha máquina.

5. El demandante solicitó a la demandada autorizar las terapias en el HOSPITAL SUSANA LÓPEZ DE VALENCIA, institución donde sí cuentan con máquina de movimientos pasivos, pero COOMEVA EPS manifestó no tener convenio con el mencionado hospital.

6. El 11 de abril de 2014, la Secretaría de Salud del Departamento del Cauca, solicitó a la demandada COOMEVA EPS revisar el caso y garantizar el tratamiento oportuno y sin dilaciones "que puedan provocar secuelas irreversibles en la función motora".

7. El 13 de abril la demandada entregó las órdenes de apoyo, pero en el Hospital Susana López de Valencia le informaron que no era posible realizarlas porque la orden expedida indicaba "terapia física" y no "terapia física en máquina de movimiento pasivo". Al reclamar ante COOMEVA por lo sucedido, le dijeron que "no era posible hacer nada porque así se expiden las órdenes".

8. Lo anterior, obligó interponer acción de tutela fallada a su favor. Ante el incumplimiento de la orden de tutela, el 12 de mayo de 2014, presentó incidente de desacato para efectos de obtener la autorización de las 20 sesiones de terapia física en máquina de movimiento pasivo.

10. Por la demora en la realización de las terapias no se obtuvieron los resultados de la cirugía y el 14 de octubre fue intervenido nuevamente, para finalmente perder el 95% de la movilidad de su rodilla derecha, además de otras secuelas productos de la hemorragia padecida en la segunda intervención quirúrgica, persistiendo la demandada en negar o dilatar la prestación de los servicios médicos requeridos por el demandante.

LA POSICIÓN DE LOS DEMANDADOS

- La demandada COOMEVA SALUD EPS, dentro del término legal, contestó la demanda solicitando negar las pretensiones formuladas en su contra afirmando no deber suma alguna al demandante, y, haber cumplido como empresa promotora de salud. Tildó los pedimentos como subjetivos, carentes de soporte probatorio y ajenos a sus funciones. Frente a los hechos aceptó los relacionados con la calidad de afiliado del demandante, el accidente de tránsito que sufrió y las secuelas que le dejó, pero negó todos los orientados a imputarle responsabilidad por falta de atención oportuna.

Como excepciones de fondo, a más de la innominada, planteó las de: "INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS CON MOTIVO DE LA NEGLIGENCIA MÉDICA QUE IMPLICÓ EL NO EFECTUAR GESTIONES ADMINISTRATIVAS CONTINUAS PARA LA ENTREGA DE AUTORIZACIÓN U ORDEN DE SERVICIO. -INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DE ACUERDO CON LA LEY. -ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. -INEXISTENCIA DE LA RELACIÓN CAUSA - EFECTO ENTRE LOS ACTOS DE CARÁCTER INSTITUCIONAL, LOS DEL EQUIPO MÉDICO DE LA IPS Y EL RESULTADO ALEGADO POR EL ACTOR FRENTE A LA EPS COOMEVA S.A. -LA EXCLUSIÓN DE SOLIDARIDAD CONTRACTUAL ENTRE COOMEVA EPS SA Y EL HOSPITAL SUSANA LÓPEZ DE VALENCIA y LA DE PRESCRIPCIÓN".

Dentro del término legal la demandada COOMEVA EPS llamó en garantía a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS CONFIANZA SA y al HOSPITAL SUSANA LÓPEZ DE VALENCIA.

- La llamada en garantía, **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS CONFIANZA SA**, se pronunció manifestando no constarle los hechos de la demanda y abstenerse de hacer pronunciamiento frente a las pretensiones al no estar dirigidas en su contra; no obstante, dijo también oponerse a ser condenada a pagar o reembolsar suma alguna por cuanto no existe responsabilidad de COOMEVA EPS.

Frente al llamamiento en garantía aceptó la existencia de la póliza de responsabilidad civil profesional médica para clínicas y hospitales, vigente en la época de los hechos, pero señaló que primero debe probarse la responsabilidad de la asegurada y además tener en cuenta las condiciones generales y especiales de la póliza otorgada.

Como excepciones frente a la demanda planteó: INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE LA ACCIÓN DESPLEGADA POR COOMEVA EPS Y EL PRESUNTO DAÑO SUFRIDO POR EL DEMANDANTE. -CUANTIFICACIÓN EXCESIVA Y FALTA DE PRUEBA DE LOS PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES QUE SE PRETENDEN. -IMPROCEDENCIA DE RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PERJUICIOS POR LUCRO CESANTE POR AUSENCIA DE PRUEBA. -AUSENCIA DE PRUEBA DE LOS PERJUICIOS POR DAÑO EMERGENTE PRETENDIDOS CON LA DEMANDA.

Como excepciones en relación con el llamamiento en garantía formuló: -LA PÓLIZA 03RC000767 OPERA EN EXCESO DE LAS PÓLIZAS PROPIAS QUE DEBEN TENER CONTRATADAS LAS IPS Y LOS MÉDICOS ADSCRITOS A COOMEVA EPS. -SUBLIMITES ASEGURADOS/SUBLIMITES PARA EL ANEXO DE "DAÑO MORAL" Y "LUCRO CESANTE". -DEDUCIBLE PACTADO PARA LOS AMPAROS DE DAÑO MORAL Y LUCRO CESANTE.

También dijo formular **como excepciones principales las siguientes**: -PÉRDIDA DE EFICACIA DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA DE COOMEVA EPS AL HABERSE NOTIFICADO A SEGUROS CONFIANZA SA DE MANERA EXTEMPORÁNEA y la de

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DERIVADA DEL CONTRATO DE SEGURO.

- **EL HOSPITAL SUSANA LÓPEZ DE VALENCIA**, llamado en garantía por la demandada COOMEVA EPS, dentro del término legal y a través de su vocero judicial, se pronunció frente a la demanda manifestando oponerse a las pretensiones, y, en relación con los hechos, dijo atenerse a los que resulten probados, aceptó como ciertos los consignados en la historia clínica y expresó ser cierto que ante la negligencia de COOMEVA EPS en autorizar las terapias físicas, ante petición del doctor FRANCISCO APRAEZ, accedió a realizar de cortesía al demandante terapia física en máquina de movimiento pasivo.

En relación con la convocatoria realizada por la demandada COOMEVA EPS manifestó oponerse por cuanto *"la regresión en la recuperación de la flexión del miembro inferior del demandante es atribuible a la negligencia, demora, de la EPS COOMEVA en autorizar las terapias físicas en máquina de movimiento pasivo"*.

El hospital llamado en garantía, a su vez, también convocó a LA PREVISORA SA COMPAÑÍA DE SEGUROS y a LA ASOCIACIÓN SINDICAL DE ESPECIALISTAS QUIRÚRGICOS "ASEQ" (no aparece constancia alguna de su efectiva vinculación en este asunto).

En escrito presentado el 18 de julio de 2016, solicitó al *a quo* declarar la falta de competencia dentro de este asunto, por cuanto el hospital es un establecimiento público. Mediante auto del 25 de enero de 2017 se resolvió declarar la falta de jurisdicción y se dispuso remitir el asunto a la jurisdicción contenciosa administrativa, última que planteó conflicto de competencia, ordenando la entonces Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, retornar el asunto al Juez Civil.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA Y SU FUNDAMENTO

En audiencia celebrada el 8 de abril de 2021 el *a quo* dictó sentencia declarando no probadas excepciones de mérito propuestas por la demandada Coomeva EPS y por la

llamada en garantía aseguradora CONFIANZA SA; declaró que el HOSPITAL SUSANA LÓPEZ DE VALENCIA no está obligado legal, ni contractualmente a reembolsar a COOMEVA EPS los pagos que esta deba realizar, dado que negó los pedimentos del llamamiento en garantía. En consecuencia, declaró a la demandada COOMEVA EPS civilmente responsable de los perjuicios sufridos por el demandante BALMES ZÚÑIGA, la condenó a pagarle una suma equivalente a 40 SMLV por concepto de perjuicios morales, y, negó los pedimentos por daño emergente y lucro cesante.

Resolvió también condenar a la aseguradora de fianza CONFIANZA S.A a reembolsar la suma que llegare a pagar COOMEVA EPS por cuenta de las condenas impuestas en la sentencia, salvo que la aseguradora pague directamente al demandante hasta el tope de los amparos cubiertos, conforme a la póliza de responsabilidad civil profesional médica clínicas y hospitales 03RC000767.

Además, condenó a la demandada COOMEVA EPS a pagar al demandante BALMES ZÚÑIGA y al llamado en garantía HOSPITAL SUSANA LÓPEZ DE VALENCIA, las costas causadas en primera instancia.

En la motivación del fallo el juez de primera instancia dijo no observar causal de nulidad alguna que invalide lo actuado y encontrar acreditados los presupuestos procesales para efectos de dictar sentencia de fondo. Se adentró luego en precisar el marco legal y jurisprudencial en torno a la responsabilidad de las EPS, IPS y personal que interviene en la prestación de servicios de salud, para finalmente concluir, tras revisar el acervo probatorio, en especial la historia clínica del paciente BALMES ZÚÑIGA, que el procedimiento quirúrgico realizado no condujo a los resultados esperados, daño que encontró ser producto de la omisión de la demandada COOMEVA EPS, al no autorizar oportunamente las 20 sesiones de terapia física en máquina de movimiento pasivo. Señaló también no observar prueba, regular y oportunamente allegada, de haberse efectiva y oportunamente autorizado tales terapias; dijo además que, aún de haberse expedido esas órdenes tampoco se habrían realizado las terapias, dada

la falta de contrato con el HOSPITAL SUSANA LÓPEZ DE VALENCIA.

En torno al llamamiento en garantía que la demandada COOMEVA EPS realizó al HOSPITAL SUSANA LÓPEZ DE VALENCIA, señaló no encontrar prueba alguna del vínculo contractual con la convocada para la realización de terapia física en máquina de movimiento; precisó además que en la IPS se realizó el procedimiento quirúrgico sin ningún contratiempo, que se reclama es por el daño causado después de la cirugía por no realizar oportunamente las terapias dispuestas por el especialista que la practicó.

Frente al llamamiento en garantía efectuado por COOMEVA EPS a la aseguradora CONFIANZA SA, lo encontró procedente por cuanto para la época de los hechos se encontraba vigente la póliza de responsabilidad profesional médica para clínicas y similares 03RC000767, tomada para amparar a los terceros afectados por los daños que cause la asegurada como consecuencia del ejercicio de la profesión médica, precisando que responderá conforme al contrato de seguro otorgado y que **no es dable atribuir a la demandada COOMEVA EPS, para efectos de la prescripción enrostrada, el tiempo transcurrido durante el trámite del conflicto de competencia suscitado en el curso de este proceso.**

Finalmente, ante el daño causado encontró acreditado que el demandante BALMES ZÚÑIGA sufrió perjuicio moral dada la congoja, sufrimiento, padecimiento experimentado; lo tasó, bajo arbitrio judicial, en 40 SMLV. Negó el reconocimiento de los perjuicios materiales, en su modalidad de daño emergente y lucro cesante, por no estar debidamente acreditados, aclaró en este punto, que el demandante, desde antes de la cirugía y la falta de terapias, no estaba en capacidad de conducir vehículos automotores, por lo que mal puede reclamar la falta de ingresos por ese concepto.

LA APELACIÓN

- El demandante, BALMES ZÚÑIGA, a través de su vocera judicial, reclama aumentar el monto de los perjuicios

morales hasta 100 SMLMV, dada la gravedad del daño ocasionado.

- La demandada, **COOMEVA EPS**, oportunamente interpuso y sustentó el recurso de apelación, solicitando revocar la sentencia y en su lugar declarar probadas las excepciones que planteó, bajo los siguientes argumentos:

1. Critica al *a quo*, por considerar de manera exclusiva, como prueba de la responsabilidad que se le atribuye, la historia clínica, dejando a un lado el testimonio de la representante legal del COOMEVA EPS, para efectos de probar que "*no se causó daño alguno*", y que "*sí se expedieron las órdenes para la realización de las terapias*".

2. La carga de la prueba era del demandante y no están probados los elementos de la responsabilidad que se le atribuyó, no se causó daño, falta de relación de causalidad, por lo que no procedía condena para indemnizar perjuicios. También protesta por el daño moral reconocido y tilda de elevado el monto en que se tasó.

3. Señala que no procede condena en costas y agencias en derecho porque no actuó con "*temeridad*", dada la existencia de los contratos con los llamados en garantía.

4. Reclama aplicar las consecuencias en relación con el juramento estimatorio, ante la condena por un valor inferior al reclamado.

5. Reclama también, en los términos del artículo 372 el CGP, aplicar las sanciones por la inasistencia del demandante a la audiencia inicial.

- La llamada en garantía **ASEGURADORA DE FIANZAS CONFIANZA SA**, inconforme con la sentencia emitida en primera instancia, oportunamente interpuso y sustentó recurso de apelación solicitando librarla de responsabilidad o desvincularla de este asunto; igualmente pide tener en cuenta los deducibles pactados.

En la sustentación del recurso insiste en que se declare la *"INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE LA ACTUACIÓN DESPLEGADA POR COOMEVA EPS SA Y EL PRESUNTO DAÑO SUFRIDO POR EL DEMANDANTE"*, básicamente alega no estar acreditado el *"incumplimiento de las obligaciones en cabeza de Coomeva EPS como asegurador en salud del demandante, no es posible concluir la existencia de un nexo causal con el daño que presuntamente sufrió la víctima directa"*; pone de presente también, el estado de salud del demandante como consecuencia del accidente de tránsito que sufrió 9 años atrás y afirma que las terapias debían efectuarse al interior de la misma IPS HOSPITAL SUSANA LOPEZ DE VALENCIA, donde le realizaron la cirugía al paciente.

Frente al llamamiento que se le hizo plantea la *"PÉRDIDA DE EFICACIA DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA DE COOMEVA EPS S.A. AL HABERSE NOTIFICADO A SEGUROS CONFIANZA S.A. DE MANERA EXTEMPORÁNEA"*, por cuanto este se admitió en auto del 15 de enero de 2016 y se notificó el 5 de noviembre de 2019, vencido el término de suspensión de 90 días consagrado en el artículo 56 del CPC. Alega entonces, con apoyo doctrinal y jurisprudencial, que la oportunidad para su vinculación al proceso ya había precluido.

Enrostra, citando lo dispuesto por los artículos 1081 y 1131 del Código del Comercio, la *"PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DERIVADA DEL CONTRATO DE SEGURO"*, pues *"entre la fecha en que el asegurado tuvo conocimiento de los hechos y la fecha en que se notificó el llamamiento en garantía a la aseguradora, a todas luces transcurrieron más de los 2 años que consagra la norma"*.

Finalmente, solicita dar aplicación al *"DEDUCIBLES PACTADOS PARA LOS AMPAROS DE DAÑO MORAL Y LUCRO CESANTE"*.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A.- SANIDAD PROCESAL. En la actuación adelantada no se observa vicio o irregularidad que invalide lo actuado y que deba oficiosamente declararse.

B.- PRESUPUESTOS PROCESALES. Las exigencias necesarias para que se estructure la relación jurídico-procesal, se cumplen cabalmente y ello permite adoptar decisión de fondo. Basta con señalar que el Juzgado de primera instancia es el competente para hacerlo en razón de la cuantía, el domicilio de las entidades demandadas y el lugar donde ocurrió el hecho; la parte demandante inició y lleva a cabo el proceso, mediante apoderado judicial debidamente constituido; la parte demandada y las convocadas concurrieron al proceso a través de sus representantes legales y otorgaron poder a profesionales de la abogacía para el adecuado ejercicio del derecho de postulación; se observa también que el escrito que contiene la demanda instaurada cumple con las exigencias básicas legalmente señaladas.

C.- LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA. Tanto en activa como por pasiva se verifica la habilitación sustancial para ocupar los extremos de la litis. En la responsabilidad civil, las víctimas, quienes alegan haber sufrido un daño cuyas consecuencias piden indemnizar, están legitimadas para instaurar la demanda y quienes son señalados como obligados a reparar, ocupan el otro extremo de la controversia, en donde también se incluye a los llamados en garantía, entre ellos la aseguradora, dada la relación contractual que la une con la demandada COOMEVA EPS.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO

Por la naturaleza de las funciones que aquí nos compete desarrollar, acorde con la demanda, lo resuelto por el a quo y especialmente, actuando en consonancia con los motivos de los recursos de apelación formulados por las partes de este proceso y la aseguradora llamada en garantía por la demandada COOMEVA EPS, siguiendo un orden lógico, la Sala resolverá los siguientes interrogantes.

- 1. ¿Se encuentran acreditados los elementos de la responsabilidad civil contractual que se le atribuye a la demandada COOMEVA EPS?**

- 2. ¿Procede modificar la condena por perjuicios morales?**
- 3. ¿Es ineficaz el llamamiento en garantía realizado por la demandada COOMEVA EPS a la asegurada de fianzas CONFIANZA SA?**
- 4. ¿Procede condena en costas en favor de los llamados en garantía por COOMEVA EPS?**
- 5. ¿Debe la Sala aplicar las sanciones relacionadas con el juramento estimatorio y con la inasistencia de la parte demandante a la audiencia inicial?**

Al primer interrogante se responde en forma afirmativa, razón por la cual la sentencia de primera instancia que estableció la responsabilidad civil contractual de la demandada COOMEVA EPS, será confirmada, dado que la Sala encuentra acreditados los elementos o presupuestos de la responsabilidad civil atribuida y además avala la valoración probatoria realizada por el *a quo*.

El segundo interrogante se responde en forma positiva a favor de la demandada, razón por la cual la condena a pagar perjuicios morales será modificada.

El tercer interrogante se responde en forma positiva y en consecuencia se revocará lo decidido en primera instancia frente a este tópico, dado que la vinculación a este proceso a la aseguradora de fianzas CONFIANZA SA, se realizó por fuera del término legalmente establecido.

Frente a la cuarta pregunta, la respuesta es positiva, luego entonces se avalará la condena en costas a favor de los llamados en garantía por la demandada COOMEVA EPS.

Finalmente, el quinto interrogante se responde en forma negativa pues las sanciones no proceden *per se*, o las consecuencias derivadas de la situación presentada no son como la parte apelante lo afirma.

A las anteriores conclusiones se llega con apoyo en las siguientes precisiones:

LA DEMANDADA COOMEVA EPS ES RESPONSABLE DEL DAÑO QUE PIDE INDEMNIZAR EL DEMANDADO BALMES ZÚÑIGA.

Revisada la actuación surtida en primera instancia, concretamente en el aspecto probatorio, sin dificultad alguna se establece la presencia de los presupuestos legal y jurisprudencialmente decantados en torno a la responsabilidad civil contractual atribuida a la demandada. En efecto, no es motivo de discusión que el demandante BALMES ZÚÑIGA, para el momento de los hechos se encontraba afiliado a la demandada COOMEVA EPS; de la revisión de la historia clínica se establece que, realizada la intervención quirúrgica, la EPS no cumplió con sus obligaciones contractuales frente al servicio de salud requerido por el demandante, pues dilató las autorizaciones para realizar las 20 terapias físicas en máquina de movimiento pasivo, conforme lo dispuso, de manera prioritaria y urgente, el especialista que realizó el procedimiento (hecho dañoso); se observa también, según las anotaciones consignadas en la historia clínica, que la demora en realizar las terapias truncó la recuperación del movimiento de su pierna derecha, en los porcentajes esperados, hasta el punto que fue necesario realizar otra intervención quirúrgica, quedando finalmente con pérdida del movimiento de su extremidad derecha en un 80%; daño este que tiene como causa la demora de COOMEVA EPS, en autorizar las terapias dispuestas por el especialista.

En el expediente no reposa prueba alguna que nos permita tener por acreditado que la demandada COOMEVA EPS sí expidió oportunamente las autorizaciones, como ahora en la apelación viene a plantear, incluso afirmando que se vencieron por culpa del demandante, quien no se presentó a reclamarlas; afirmaciones estas no sólo contrarias a la realidad procesal, sino también a la elemental lógica, pues cómo explicar entonces que existiendo las autorizaciones, el demandante no las haya retirado, asumiendo el riesgo de no practicarse las terapias para mejorar la movilidad de su rodilla derecha y en su lugar presentar tutela e incluso

incidente de desacato por unas autorizaciones, que según la demandada estaban a su disposición.

Se precisa también aquí que, las decisiones judiciales se apoyan en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso; esto es, dentro de los términos legalmente establecidos para ello. Al revisar la contestación de la demanda, no figura constancia o anexo alguno, relacionado con las autorizaciones que dice haber expedido en cumplimiento de lo dispuesto por el médico especialista tratante. Además, en anterior oportunidad esta Sala negó una petición extemporánea de la demandada para practicar prueba de oficio consistente en ordenar remitir las constancias de los servicios médicos que dice haber autorizado al demandante y la forma como se cancelaron, buscando con ello librarse de las consecuencias de su descuido probatorio¹. Ahora, en sede de apelación afirma haber expedido las autorizaciones y nuevamente insiste en tener como prueba los documentos que se pretendió allegar al proceso a través del interrogatorio de parte absuelto por su representante legal, DIANA MARCELA VILLOTA INSUASTY, actuación o aporte probatorio adicional y extemporáneo que legalmente no fue autorizado por el *a quo*.

Tampoco comulga la Sala con los reproches que hace la demandada frente a la valoración probatoria efectuada por el juez de primera instancia sobre este punto (el de la responsabilidad de la demandada); por el contrario, se refrenda, dado que en asuntos como el que nos ocupa la historia clínica adquiere como prueba documental de naturaleza declarativa, especial importancia², siendo, en este caso, carga de la demandada y no del demandante desvirtuar lo que allí se consigna.

LA CONDENA A PAGAR PERJUICIOS.

¹ Providencia fechada 17 de noviembre de 2020 Magistrado Sustanciador MANUEL ANTONIO BURBANO G.

²“La historia clínica es un documento privado contentivo de los datos sobre la salud física y psíquica del paciente, estructurados de manera ordenada y detallada, el cual constituye prueba idónea sobre los tratamientos médicos recibidos por su titular” (T 058 de 2018)

Se observa acreditada la actuación culpable de la demandada que generó el daño que se pide indemnizar, se comulga también con la decisión de negar los perjuicios materiales reclamados por no estar debidamente acreditados; sin embargo, no se avala la tasación de los perjuicios morales realizada por el *a quo*, dado que su cálculo bajo arbitrio judicial no implica arbitrariedad o excesiva generosidad por cuenta ajena, ni el desconocimiento de los parámetros decantados por la H. Corte Suprema de Justicia, para que su cálculo no se funde en apreciaciones subjetivas, sino en criterios objetivos como las circunstancias de cada caso en particular, la clase de daño y su intensidad, pues no es lo mismo una lesión o limitación de movimiento, que una deformidad y menos es igual su cálculo cuando el daño corresponde a la muerte.

Para el caso que nos convoca, donde el daño no corresponde a la muerte, ni a una deformidad, ni **a la pérdida de movimiento de la pierna derecha** (lesión que ya padecía a raíz del accidente de tránsito sufrido), sino al de **no haber logrado recuperar parte del movimiento esperado conforme al procedimiento quirúrgico practicado**, dada la no realización oportuna de las terapias físicas en máquina de movimiento pasivo, los perjuicios, tasados conforme a estos parámetros objetivos y bajo arbitrio iudicis, no pueden ser mayores a 10 SMLMV.

LA VINCULACIÓN DE LA LLAMADA EN GARANTÍA SE REALIZÓ POR FUERA DEL TÉRMINO LEGALMENTE ESTABLECIDO.

- Según lo establecido en nuestro ordenamiento procesal *"Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación"*. Precepto bajo el cual la demandada COOMEVA EPS, dentro del término de traslado de la demanda,

convocó, llamó en garantía a la aseguradora de fianzas CONFIANZA SA, en virtud del contrato de seguro, póliza número 03RC000767, que ampara su responsabilidad civil profesional por la prestación del servicio médico, vigente para la época de los hechos.

- Dicho llamamiento fue aceptado por el juzgado de primera instancia según **auto del 15 de enero de 2016**, disponiendo en el numeral QUINTO **suspender la actuación** *"hasta cuando se cite a la llamada en garantía y venza el término para intervenir en el proceso (Artículo 56 inciso 2 del C.P.C.)"*.

- El 18 de julio de 2016 la también llamada en garantía (ESE Hospital Susana López de Valencia) solicitó declarar la falta de competencia del juez de primera instancia dada su calidad de establecimiento público.

- **El 25 de enero de 2017**, el *a quo* resolvió declarar la falta de jurisdicción y remitió el asunto a los jueces administrativos donde posteriormente se desató conflicto negativo que fue resuelto por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante providencia del 19 de junio de 2019, atribuyendo el conocimiento del asunto al juez civil.

- De vuelta el proceso al Juzgado Tercero Civil del Circuito, mediante auto del 20 de septiembre de 2019, requirió a la demandada COOMEVA EPS, notificar a la aseguradora llamada en garantía, concediéndole un término de 30 días para hacerlo (sic).

- **El 5 de noviembre de 2019**, la aseguradora de fianzas CONFIANZA SA, se notificó del llamamiento en garantía efectuado y dentro del término legal se pronunció planteando, entre otros, la *"PÉRDIDA DE EFICACIA DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA DE COOMEVA EPS S.A. AL HABERSE NOTIFICADO A SEGUROS CONFIANZA S.A. DE MANERA EXTEMPORÁNEA"*.

Bajo estas precisiones, razón le asiste a la aseguradora aquí apelante, pues si bien no se desconoce que no es dable tener en cuenta el término o tiempo que transcurrió hasta que finalmente se decidió el conflicto de competencia, por la entonces Sala

Disciplinaria de Consejo Superior de la Judicatura, el juez de primera instancia no reparó, pasó por alto, que cuando se presentó la solicitud de falta de competencia ya estaba por demás vencido el lapso preclusivo legalmente establecido para vincular a la aseguradora llamada en garantía, pues, se itera, en el auto del **15 de enero de 2016**, al aceptar la convocatoria realizada por la COOMEVA EPS, en el numeral QUINTO decidió "*suspender la actuación hasta cuando se cite a la llamada en garantía y venza el término para intervenir en el proceso (Artículo 56 inciso 2 del C.P.C.)*". (Subraya y resalta la Sala) y la solicitud de declarar la falta de competencia se presentó el 18 de julio de 2016, esto es, cuando ya había fenecido el término de 90 días, plazo máximo perentorio y legalmente establecido para que el proceso permanezca suspendido para efectos de vincular a la llamada en garantía (notificada el **5 de noviembre de 2019**), conforme la mencionada norma del CPC que establecía:

"La citación se hará mediante la notificación del auto que acepta la denuncia, en la forma establecida para el admisorio de la demanda, y el proceso se suspenderá desde la admisión de la denuncia hasta cuando se cite al denunciado y haya vencido el término para que éste comparezca; la suspensión no podrá exceder de noventa días. El denunciado podrá presentar en un solo escrito contestación a la demanda y a la denuncia, y en el mismo solicitar las pruebas que pretenda hacer valer".

No sobra aquí señalar que aún aceptando que la norma aplicable sea el artículo 66 del CGP, que amplía a 6 meses el término de suspensión del proceso para efectos de vincular al llamado en garantía, la vinculación igual resultaría ineficaz pues ese plazo también se observa vencido (se admitió el llamamiento en garantía el 15 de enero de 2016, transcurriendo y expirando los 6 meses para la notificación incluso, antes de que se profiriera el auto que declaró la falta de competencia por el Juez Civil- auto del 25 de enero de 2017).

Sobre el tema que nos convoca, tanto la doctrina³, como la jurisprudencia de la Corte Suprema⁴ y del Consejo de Estado, indica que:

"...al margen de si fue el juzgado el que asumió la obligación de practicar la notificación personal, o si esa carga se impuso a la parte interesada, en uno u otro caso habrá lugar a tener por ineficaz el llamamiento en garantía si el mismo no se notifica dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria del auto que lo admitió. (...) Una interpretación en contrario llevaría a afirmar que las autoridades judiciales no están obligadas al cumplimiento de los términos perentorios propios de las normas de orden público, mientras que tal exigencia se aplica de manera implacable a los sujetos procesales interesados en el llamamiento en garantía. (...) Entonces, le asiste razón a la parte demandante cuando cuestiona la interpretación que sobre el punto adoptó el Tribunal demandado, puesto que la norma en manera alguna da lugar a concluir que la ineficacia del llamamiento en garantía no aplica cuando es el despacho judicial el que debía adoptar los actos necesarios para notificarlo. (...) Tal postura va en detrimento del derecho consagrado en favor del potencial llamado en garantía, de acuerdo con el cual, y por virtud de la seguridad jurídica, no estará obligado a comparecer al proceso cuando la notificación personal que debía recibir es inoportuna. (...) No sobra anotar que las consideraciones antes expuestas corresponden con la posición que al respecto asumió la Sección Tercera de esta Corporación, en las providencias que citó la parte actora como respaldo de sus pretensiones de tutela. (...) Sobre la base de estas consideraciones, la S. concluye que la autoridad judicial demandada debió analizar la procedencia de la aplicación de la ineficacia del llamamiento en garantía, por cuanto tal consecuencia se deriva de la falta de notificación personal dentro del lapso previsto legalmente para el efecto, independiente de quien tuviera esta actuación a su cargo. (...) En atención a que en el presente asunto se demostró la configuración de los defectos procedimental y sustantivo analizados de manera conjunta en este fallo, se dispondrá el amparo del derecho fundamental al debido proceso, sin perjuicio, claro está, que del análisis pertinente que deba efectuar la autoridad judicial en la decisión de reemplazo, haya lugar a confirmar el proveído que admitió el llamamiento en garantía"⁵.

³ HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano. Tomo I.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, M.P. Gustavo Hernán López Algarra, Sentencia del 9 de abril de 2014. Radicación No. 35930.

⁵ Consejo de Estado - Sección Quinta, providencia del 11 de junio de 2020. MP. CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO. Expediente 11001-03-15-000-2020-01550-00.

**ANTE EL FRACASO DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA, PROCEDE
CONDENA EN COSTAS A FAVOR DE LAS CONVOCADAS.**

La demandada COOMEVA EPS debe cubrir los gastos en los que incurrieron las llamadas en garantía, pues al resultar desfavorable la actuación desplegada, al no haberse probado la existencia de vínculo alguno con el HOSPITAL SUSANA LÓPEZ DE VALENCIA, frente a las terapias que debía realizar el paciente, y por no haber logrado vincular, dentro del término legal, a la aseguradora de fianzas CONFIANZA SA, debe asumir o responder por las consecuencias de sus actos, según la orientación del CGP, de condenar en costas a quien se le resuelva desfavorablemente una petición (artículo 365) y donde el elemento subjetivo de la actuación, de la convocatoria "temeridad", no es aspecto que debe tenerse en cuenta para imponer la condena, tópico sobre el cual, la Corte Constitucional expresó que:

*"La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra"*⁶.

Se precisa finalmente que la sanción por la falta de demostración de los perjuicios pretendidos en juramento estimatorio y por la inasistencia del demandante a la audiencia preliminar no es automática o conforme lo reclama la demandada aquí apelante, pues frente a la primera la Corte Constitucional precisó que: "Si bien

⁶ C-157 del 21 de marzo de 2013.

*el legislador goza de una amplia libertad para configurar los procedimientos, no puede prever sanciones para una persona, a partir de un resultado, como el de que se nieguen las pretensiones por no haber demostrado los perjuicios, cuya causa sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte..."*⁷; en el caso que nos convoca se accedió parcialmente al monto reclamado por perjuicios, pues se negaron los de carácter patrimonial, porque el *a quo* consideró que el demandante no logró acreditarlos y los perjuicios morales reconocidos si bien se fijaron en suma inferior a la pedida, se tasan bajo arbitrio judicial, por lo que no es posible aplicar la sanción prevista en el artículo 206 del CGP, simplemente porque se negaron o porque se reconocieron en suma inferior a la pedida y cuando la parte aportó prueba del daño que generó dicha indemnización.

La misma situación se presenta en torno las consecuencias que se pide aplicar ahora, en apelación, por la inasistencia de la parte demandante a la audiencia preliminar, **aspecto este pasado en total silencio por el a quo, y por la parte demandada aquí apelante**, pues no se observa que se haya realizado petición o reclamo alguno, vencido el término señalado en el artículo 372 del CGP para justificar la inasistencia. Además, si se trata de tener por ciertos los hechos susceptibles de probarse por confesión en contra del demandante, las pruebas obrantes en el proceso los infirman, por cuanto el acervo probatorio indica, como inicialmente se precisó, la presencia de los presupuestos de la responsabilidad civil contractual atribuida a la demandada (calidad de afiliado a la seguridad social en salud del demandante, el daño, la culpa y la relación de causalidad).

LA DECISIÓN:

Como corolario de las anteriores consideraciones se modificarán los numerales PRIMERO, CUARTO y OCTAVO, y se REVOCARÁ el numeral SEXTO de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia.

⁷ Sentencia Corte Constitucional C-154 del 21 de marzo de 2013.

Dado el resultado de los recursos de apelación formulados, en los términos del artículo 365 del CGP, sólo se condenará a la demandada y convocante, COOMEVA EPS, a pagar las costas de esta instancia a favor de la aseguradora de fianzas CONFIANZA SA.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYAN, SALA CIVIL-FAMILIA**, "Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley",

RESUELVE:

PRIMERO: Modificar los numerales PRIMERO, CUARTO y OCTAVO de la parte resolutive de la sentencia dictada en audiencia celebrada el 8 de abril de 2021, por el JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN, dentro del PROCESO DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL, instaurado por BALMES ZÚÑIGA, en contra de COOMEVA EPS, los cuales quedarán así:

"PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones de mérito propuestas por la demandada Coomeva EPS, y, probada la excepción de mérito propuesta por la llamada en garantía denominada *pérdida de eficacia del llamamiento en garantía de Coomeva EPS*"

CUARTO: Condenar a la demanda Coomeva EPS a pagar al demandante BALMES ZÚÑIGA una suma equivalente a 10 SMLMV a la fecha del pago por concepto de perjuicios morales.

OCTAVO: Condenar a la demandada COOMEVA EPS a pagar a las llamadas en garantía Hospital Susana López de Valencia y aseguradora de fianzas CONFIANZA SA, las costas causadas por el trámite de dicho llamamiento; las agencias en derecho a favor de las convocadas deben fijarse por el A Quo, realizando la liquidación de costas en la forma prevista en el artículo 365 del código general del proceso".

SEGUNDO: Revocar el numeral SEXTO de la parte resolutive de la sentencia apelada y en su lugar se dispone: abstenerse de emitir pronunciamiento alguno en contra de la aseguradora de fianzas CONFIANZA SA, dada

su vinculación por fuera del término legalmente establecido.

TERCERO: Condenar a la parte demandada Coomeva EPS al pago de las costas generadas en esta instancia, las que se liquidarán conforme lo establece el artículo 366 del CGP. Como agencias en derecho, a favor de la llamada en garantía aseguradora de fianzas CONFIANZA SA, se fija la suma equivalente a UN SMLMV.

CUARTO: En firme devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES



JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA



DORIS YOLANDA RODRÍGUEZ CHACÓN