

RECURSO DE APELACION-SUSTENTACION DEL RECURSO DE APELACION MOTIVOS DE LA ALZADA PARTE DEMANDANTE RADICADO 63001310300220190018700 JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE ARMENIA, QUINDIO, DEMANDANTE MARIA DILENY LOPEZ GOMEZ

jose octavio leon moreno <leon193_1@yahoo.com>

Lun 29/07/2024 4:01 PM

Para: Juzgado 02 Civil Circuito - Quindío - Armenia <j02cctoarm@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 1 archivos adjuntos (751 KB)

RECURSO DE APELACION EN CONTRA DE SENTENCIA MARIA DILENY LOPEZ GOMEZ Y OTROS JUZG. 02 CIVIL DE ARMENIA PDF.pdf;

Doctor:

HILIAN EDILSON OVALLE CELIS

JUEZ SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE ARMENIA, QUINDIO

E. S. D.

REF: VERBAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL

DEMANDANTE: MARIA DILENY LOPEZ GOMEZ Y OTROS

DEMANDADOS: CAFESALUD EPS S.A. Y OTROS

RADICADO: 63001310300220190018700

ASUNTO: RECURSO DE APELACION-SUSTENTACION DEL RECURSO DE APELACION MOTIVOS DE LA ALZADA PARTE DEMANDANTE

JOSE OCTAVIO LEON MORENO, mayor de edad, vecino y residente en Armenia, Quindío, identificado con la cédula de ciudadanía número 89.005.132, y portador de la tarjeta profesional de abogado número 249.106 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi condición de apoderado judicial de los demandantes, ante Usted con todo respeto, me permito presentar **RECURSO DE APELACION-SUSTENTACION DEL RECURSO DE APELACION MOTIVOS DE LA ALZADA PARTE DEMANDANTE** en contra de la sentencia de fecha 24 de julio de 2024

Jose Octavio Leon Moreno

Abogado

C.C. 89005132 Armenia - Q

T.P 249.106 C.S.J  

leon193_1@yahoo.com

Calle 20 Nro. 15 - 33 Oficina 303

Celular: 3113082679 - 3218114207

DOCTOR (A):
HILIAN EDILSON OVALLE CELIS
JUEZ SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO
ARMENIA, QUINDIO

REFERENCIA: PROCESO DECLARATIVO DE RESPONSABILIDAD
CIVIL - VERBAL DE MAYOR CUANTÍA-

DEMANDANTES: MARIA DILENY LOPEZ GOMEZ Y OTROS

DEMANDADO: CAFESALUD EPS S.A. Y OTROS

RADICADO: 63001310300220190018700

ASUNTO: RECURSO DE APELACION EN CONTRA DE LA
SENTENCIA DE 24 DE JULIO DE 2024-MOTIVOS DE
INCONFORMIDAD/SUSTENTACION DE LA ALZADA
PARTE DEMANDANTE

JOSE OCTAVIO LEON MORENO, mayor de edad, vecino y residente en Armenia, Quindío, identificado con la cédula de ciudadanía número 89.005.132, y portador de la tarjeta profesional de abogado número 249.106 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi condición de apoderado judicial de los demandantes, ante Usted con todo respeto, me permito presentar **RECURSO DE APELACION-SUSTENTACION DEL RECURSO DE APELACION MOTIVOS DE LA ALZADA PARTE DEMANDANTE** en contra de la sentencia de fecha 24 de julio de 2024, conforme a los siguientes:

CAPÍTULO 1. MOTIVOS DE INCONFORMIDAD:

- 1. EXISTIÓ UN DEFECTO FACTICO Y PROCEDIMENTAL EN LA VALORACION DE LAS PRUEBAS EN EL ASUNTO DE MARRAS, YERRO EN EL QUE INCURRIO EL A-QUO AL VALORARSE LA PERICIA DEL DR. MAURICIO SANINT-MEDICO OFTALMOLOGO.**

La parte demandante que represento no conforme con lo decidido por el despacho de primera instancia en la sentencia de 24 de julio de 2024 debe endilgar que existió en el plenario un defecto factico y procedimental en la valoración de las pruebas al emitir la sentencia que decide de fondo el asunto sometido a litigio.

Del defecto factico hay que referir y así lo ha expresado la jurisprudencia:

".. (..)El defecto fáctico es aquel vicio relacionado con la práctica o valoración de las pruebas, que tiene una incidencia directa en la decisión. En efecto, la Corte Constitucional ha dicho que el defecto fáctico es un error relacionado con

asuntos probatorios y, además, reconoce que tiene dos dimensiones: una dimensión negativa y una positiva.

La dimensión negativa se produce por omisiones del juez, como, por ejemplo, (i) ignorar o no valorar, injustificadamente, una realidad probatoria determinante en el desenlace del proceso; (ii) decidir sin el apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión; o (iii) no decretar pruebas de oficio en los procedimientos en que el juez está legal y constitucionalmente obligado a hacerlo.

La dimensión positiva, por su parte, tiene lugar por actuaciones positivas del juez en la que se incurre ya sea (iv) por valorar y decidir con fundamento en pruebas ilícitas, si estas resultan determinantes en el sentido de la decisión; o (v) por decidir con medios de prueba que, por disposición legal, no conducen a demostrar el hecho en que se basa la providencia... (..)"

Sumado a lo anterior, que la jurisprudencia en lo atinente al DEFECTO PROCEDIMENTAL señala:

".. (..) Una providencia adolece de un defecto procedimental cuando el funcionario judicial "[...] actúa completamente al margen del procedimiento establecido. En la sentencia T-310 de 2009, la Corte precisó que también se trata de un defecto de naturaleza cualificada, pues demanda que el trámite judicial '[...] se haya surtido bajo la plena inobservancia de las reglas de procedimiento que le eran aplicables, lo que ocasiona que la decisión adoptada responde únicamente al capricho y la arbitrariedad del funcionario judicial.' Además, la desviación del procedimiento debe ser de tal magnitud que afecte los derechos fundamentales de las partes, en especial el derecho al debido proceso (..)"

Es claro que el error fáctico y procedimental que se endilga a la primera instancia contraviene el **PRINCIPIO DE UNIDAD DE LA PRUEBA** y el **PRINCIPIO DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA** ordenado por el mismo Director del Proceso Juez en estas diligencias.

Nótese que conforme a la fijación del litigio que quedó entrabada en el proceso, una vez celebrada la audiencia de que trata el Art. 372 del C.G.P., se debía determinar lo siguiente:

".. (..) 2.1 Determinar si la ENDOTROPIA y la DIPLOPIA del sentido de la visión de la demandante MARIA DILENY LÓPEZ GÓMEZ con ocasión de procedimiento realizado el 20 febrero de 2014 por parte de CLINICA ESTUDIOS OFTAL (OFTALOMOGLIA INTEGRAL DEL QUINDIO) IPS DE CAFESALUD EN LIQUIDACIÓN obedeció a un error de conducta en la prestación de servicio de salud en cabeza de la EPS conforme a lo

establecido en la Ley 1751 de 2015 y demás normas reglamentarias que traigan consigo el pago de los perjuicios reclamados por la parte demandante?.

2.2 Fue adecuado y oportuno el consentimiento informado brindado a la paciente previo a la realización de dicha cirugía? 2.3. ¿Están llamadas a prosperar las excepciones de cumplimiento de los protocolos quirúrgicos y de la Lex Artis con la consecuente, ausencia de culpa y responsabilidad e inexistencia del nexo de causalidad, inimputabilidad del daño y riesgo inherente, así como existencia del consentimiento informado, Cumplimiento de las normas por parte en otrora de CAFESALUD?

2.3 ¿inexistencia de obligación indemnizatoria, tasación excesiva daño moral, improcedencia a reconocimiento alteración a las condiciones de existencia o daño a la vida de relación, prescripción ordinaria del contrato de seguro, inexistencia del riesgo y cobertura en el contrato de seguro No. 1704213000341, inexistencia obligación de indemnizar, enriquecimiento sin causa, así como existencia de límites y deducibles del contrato de seguro?

2.4 ¿Es procedente aplicar la sanción establecida en el artículo 206 del Código General del Proceso?.. (..)"

Del planteamiento del problema que debía solucionar el A-quo con la sentencia judicial, como director del proceso destinó desde el auto de 08 de agosto de 2023 lo siguiente la carga dinámica de la prueba a cargo de los demandados así:

"..(..) Ahora bien, conforme lo invocó la parte recurrente por negación de prueba, recuérdese que este medio probatorio no fue negado, de hecho, se decretó en audiencia del 25 de agosto de 2022 (doc.78) y después de varios intentos para que se realizara el informe pericial sin materializarse, los apoderados judiciales solicitaron el amparo de pobreza sólo para esta pericia, el cual fue negado. Entonces, bajo esta premisa, no procede el recurso de apelación formulado.

En armonía con lo mencionado, y con el fin de llevar al Juez a buscar la verdad dentro de este juicio, se requiere tener más elementos de juicio para hacer una valoración probatoria que lleven a la certeza para dirimir el conflicto. Así las cosas, con relación a la carga de la prueba, bajo la facultad que otorga el art. 167 del CGP, en su inciso 2º. Que señala:

"...no obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos..."

Así, el juzgado bajo esta preceptiva, distribuye la carga de la prueba referente a los interrogantes formulados por la parte demandante decretados en audiencia del 25 agosto de 2022 (doc.78) para que las entidades Café Salud EPS S.A. en liquidación y Estudios Oftalmológicos S.A.S. que cuentan con profesionales en la salud idóneos para responder las preguntas formuladas, deberán hacer llegar el informe para este proceso dentro de los 10 días siguientes a la notificación que por estado se haga de este auto y aporten las respuestas a dichos interrogantes con observancia de los requisitos contenidos en el art. 226 ídem para ser sometida a contradicción prevista en la Ley... (..)"

La decisión procesal de 08 de agosto de 2024 no fue refutada por el extremo pasivo de la litis.

Concomitante a lo aquí dicho el A-quo conforme a audiencia celebrada el pasado 31 de agosto de 2024 dispuso en providencia emitida en dicha data lo siguiente:

".. (..)Advierte el despacho que el cumplimiento de la carga procesal según el documento 161 del repositorio digital no cumple requisitos de la prueba pericial. Previo traslado a las partes, el despacho le concede un término 15 días al apoderado judicial de la Sociedad Estudios Oftalmológicos S.A.S, para que el dictamen sea realizado por un tercero, CENDES de Medellín y/o Sociedad de Oftalmólogos para que absuelva las preguntas indicadas en el citado documento.. (..)"

De la providencia avizorada, es claro que conforme al principio de imparcialidad y equidad de la prueba fue decreta para que solo dos (02) entidades en particular la emitieran y fueran aportadas para su practica en juicio.

Decisión que debe decirse no impugnó tampoco la parte demandada una vez decretada de oficio la misma.

Ahora bien, en cuanto a la contradicción del dictamen pericial decretado de oficio. La normativa procesal patria confía al juez como director del proceso cierta iniciativa probatoria que le permite decretar pruebas de oficio cuando ellas sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes (art. 169 del estatuto adjetivo) y cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia. La Corte Constitucional ha sostenido que esta facultad-deber es un mecanismo valioso que permite esclarecer la cuestión fáctica en busca de la justicia material, y se concreta cuando, *«a pesar de la diligencia y cumplimiento de las cargas probatorias por parte de los interesados, aún persisten «zonas de penumbra» que es indispensable despejar para llegar a la verdad de los hechos; y cuando sean necesarias para evitar nulidades y fallos inhibitorios, que contrarían la esencia misma de la función jurisdiccional»* Conforme a la normativa y la jurisprudencia, el ejercicio de las facultades oficiosas no es arbitrario ni caprichoso, razón por la cual, debe basarse en la existencia de trazas serias y fundadas dentro del expediente que permitan considerar plausiblemente su necesidad; y no pueden utilizarse para suplir la incuria o negligencia de las partes en la obtención del medio probatorio. Sobre la iniciativa probatoria del juez, la Sala ha considerado: *«Aunque al juez se le exige acuciosidad y dinamismo en la búsqueda de la verdad real sobre la cual ha de definir la controversia, esa labor no se extiende hasta el punto de tener que suplir en cualquier supuesto la carga probatoria que le incumbe a las partes» (...).*

Ese decreto oficioso exige justificación para que estas puedan practicarse y debe permitirse la plena contradicción de los medios

de convicción así obtenidos, en atención a «los principios de igualdad y lealtad procesal» En atención a estos derroteros, el artículo 231 del Código General del Proceso consagra específicamente la forma de contradicción del dictamen pericial decretado de oficio, imponiendo de manera clara la obligación de hacerlo en audiencia. Los precisos términos de esta disposición muestran cómo la contradicción del dictamen decretado en virtud de la iniciativa probatoria del juez tiene una única forma admisible, esto es, la asistencia del experto a audiencia, salvo que se trate de un proceso de filiación, caso en el cual su contradicción seguirá las reglas establecidas en el párrafo del canon 228.

Lo anterior no significa que el juez que en ejercicio de su iniciativa probatoria ha ordenado la práctica del dictamen pierda la posibilidad de tomar las determinaciones que considere necesarias con el ánimo de garantizar la obtención de una experticia robusta, clara, completa y que cumpla con el objetivo que motivó su decreto oficioso. Por el contrario, siendo, como es, el director del proceso, el juzgador tiene la potestad de dictar las ordenes pertinentes para que el auxiliar de la justicia precise sus apreciaciones, las explique suficientemente o incluso amplíe el objeto de la prueba, todo esto con anterioridad a la audiencia de contradicción que consagra el artículo 231. Tales facultades, sin embargo, no pueden encausarse a través del antiguo trámite de la aclaración o complementación del CPC, sino que deben ejercerse en el marco de la práctica del dictamen pericial decretado de oficio con el objetivo de poner a disposición de las partes una prueba ciertamente idónea para que puedan ejercer su derecho de contradicción. En cuanto a la valoración del dictamen pericial. Una vez constatada la existencia material del dictamen, el cumplimiento de las condiciones legales mínimas establecidas en el canon 226 del estatuto procesal, su correcta incorporación al proceso y su debida contradicción, es labor del juzgador apreciarlo «de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso», tal como lo establece el artículo 232 del Código General del Proceso. Si bien el juzgador goza de una discreta autonomía en la valoración de las pruebas, debe seguir en su labor criterios racionales en torno a la fundamentación del dictamen y a la constatación de la idoneidad del perito, pues está en la obligación de establecer si la experticia cumple con las características de solidez, claridad, precisión y exhaustividad, pudiendo separarse de sus conclusiones cuando no goza de tales atributos.

Remitámonos a lo dicho por la Sala de Casación Civil en la sentencia **SC364 DE 29 DE JUNIO DE 2023**, donde es ponente el Dr. **LUIS ALONSO RICO PUERTA** en un asunto de similares contornos al aquí esgrimido:

".. (..)La Sala ha sostenido que la obligación del juzgador de realizar una valoración crítica de la prueba pericial debe cumplirse incluso ante el silencio de las partes respecto a dicho medio de convicción, pues las conclusiones expuestas por el auxiliar de la justicia en modo alguno escapan de la evaluación judicial. Indica el precedente: «Ahora bien, lo dicho no muta por el hecho de que las partes no hayan objetado el dictamen, habida cuenta que como se indicó en el punto anterior, además de que la evaluación crítica del mismo es una obligación del juez al momento de su valoración, dicho elemento de convicción tiene como propósito dar herramientas de juicio al juzgador en los campos del conocimiento que este no domina y, por lo mismo, de ningún modo sus resultados lo vinculan. Por manera que el silencio de los litigantes no provoca ningún efecto en su evaluación, más allá de causar la terminación de la fase de contradicción de la prueba» Por lo anterior, el juez no puede aceptar sin más las conclusiones del experto por el simple hecho de versar su investigación sobre un campo de conocimiento que no domina. Estando, como está, investido de la facultad de emitir la sentencia que pone fin al conflicto, tiene la correlativa obligación de controlar la prueba mediante el riguroso análisis de su verosimilitud y fundamentación, de la razonabilidad y adecuación de los métodos utilizados y de la ponderación racional de las conclusiones plasmadas en la experticia...(..)"

De lo ocurrido en la actuación procesal la carga dinámica que distribuyó la primera instancia a cargo del extremo demandado estableció una serie de condiciones necesarias para emitir el Dictamen Pericial que era la prueba destinada a resolver los problemas jurídicos planteados, los cuales debía ser solucionados con la sentencia, ello en apego a que se aportara un dictamen pericial que solo era legal admitir si era emitido por el **GRUPO CENDES DE LA UNIVERSIDAD CES DE MEDELLIN** y la **SOCIEDAD COLOMBIANA DE OFTALMOLOGIA** y expuesto en audiencia por dichas entidades o sus funcionarios.

En dicho contexto la parte demandada, optó por aportar al proceso un dictamen pericial emitido por medico oftalmólogo particular Dr. HERNANDO GOMEZ SANINT MEDICO OFTALMOLOGO quien no se encontraba adscrito al **GRUPO CENDES DE LA UNIVERSIDAD CES DE MEDELLIN**, menos se encontraba adscrito a la **SOCIEDAD COLOMBIANA DE OFTALMOLOGIA**, para que cumpliera el estudio del proceso de marras y así emitiera su peritaje en el asunto.

De la pericia aportada por la parte demandada, hay que decir que aunado a que no cumple con la exigencia procesal ordenada en el proceso, la misma nunca fue sustentada por dicho perito pues no compareció a la audiencia de que trata el Art. 373 del C.G.P., las cuales fueron celebradas el día 23 y 24 de julio del año en curso.

Al momento de emitir la sentencia de primera instancia el A-quo incurre en el **Defecto Factico y Procedimental** de valorar un dictamen emitido por un medico que claro no cumplía con la imparcialidad de la prueba, galeno seguramente elegido por las entidades demandadas de su propio medio o trabajadores de sus IPS's, lo que contravenía lo dispuesto por el mismo despacho en la audiencia de 31 de agosto de 2023.

Como entonces y repara esta parte se puede valorar una prueba pericial conceptual donde se resuelve la eventual responsabilidad medica de las demandadas como consecuencia de una intervención quirúrgica de Estrabismo Concomitante Divergente a la que estuvo sometida la señora **MARIA DILENY LOPEZ GOMEZ** el pasado 20 de febrero de 2014 y que le causó unos perjuicios de diversa índole a la misma ya sus familiares, cuando la misma nunca fue emitida, aportada y practicada por el **GRUPO CENDES DE LA UNIVERSIDAD CES DE MEDELLIN** y/o la **SOCIEDAD COLOMBIANA DE OFTALMOLOGIA**.

Es claro entonces que valorar la prueba pericial aportada por la parte demandada, la cual fue emitida por el Dr. HERNANDO GOMEZ SANINT MEDICO OFTALMOLOGO no era conducente en el asunto, menos cuando el medico no solo no asistió a sustentarlo, sino cuando la misma nunca se decretó, el despacho de manera amañada y vulnerando los **DERECHOS FUNDAMENTALES** de los demandantes al **DEBIDO PROCESO, AL DERECHO DE CONTRADICCION, AL ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA** valora una prueba que no solo nunca fue decretada en su forma como fue aportada, todo por emitir una sentencia con unos afanes ligeros, así lo entiende la parte demandante sucedió en esta diligencias.

En otro entendido no era apto en el proceso y se considera irregular, violatorio al Debido Proceso de las Partes y al Derecho de contradicción que se hubiese valorado el informe pericial aportado por la demandada del médico oftalmólogo particular Dr. HERNANDO GOMEZ SANINT MEDICO OFTALMOLOGO.

Es por ello que acusar que la valoración de la prueba pericial que valoró el A-quo constituye un defecto factico y procedimental, factico porque la prueba pericial decretada a practicarse y que debía ser emitida por el **GRUPO CENDES DE LA UNIVERSIDAD CES DE MEDELLIN** y/o la **SOCIEDAD COLOMBIANA DE OFTALMOLOGIA** siendo una carga probatoria nunca fue aportada y cumplida por la parte demandada, así mismo procedimental porque se valora una prueba que no fue decretada lo que corroe el **PRINCIPIO DE UNIDAD DE LA PRUEBA** y de **LEGALIDAD** de la misma.

Teniendo en cuenta hasta lo aquí manifestado, es claro, que en estas diligencias pudo haber estado y/o esta configurada la causal

de nulidad dispuesta en el numeral 5 del Art. 133 del C.G.P., la que indica:

".. (..)Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria.. (..)"

Lo que daría lugar a la procedencia de la solicitud de practica de prueba pericial, dentro del termino de ejecutoria del auto que admita la apelación de la sentencia, como lo prevé el Numeral 2 Art. 327 del C.G.P. que prescribe:

".. (..)ARTÍCULO 327. TRÁMITE DE LA APELACIÓN DE SENTENCIAS. Sin perjuicio de la facultad oficiosa de decretar pruebas, cuando se trate de apelación de sentencia, dentro del término de ejecutoria del auto que admite la apelación, las partes podrán pedir la práctica de pruebas y el juez las decretará únicamente en los siguientes casos: ..."

2. Cuando decretadas en primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió.. (...)"

2. DEFECTO SUSTANTIVO Y DESCONOCIMIENTO DE PRECEDENTE JUDICIAL EN LA SENTENCIA DEL A-QUO, PUES CONFORME AL PRINCIPIO DE CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA QUE DISTRIBUYÓ EL JUEZ Y/O A-QUO QUE NO FUE ACATADA Y CUMPLIDA POR EL EXTREMO DEMANDADO, SITUACION QUE CONSTITUYE UN INDICIO EN CONTRA DE LOS DEMANDADOS, COMO CONSECUENCIA DE LA INTERVENCION QUIRURGICA A LA QUE ESTUVO SOMETIDA LA SEÑORA MARIA DILENY LOPEZ GOMEZ EL 20 DE FEBRERO DE 2014 Y POR LAS SECUELAS PADECIDAS EN LA HUMANIDAD POR LA MISMA.

Ahora en lo atinente al Defecto Sustantivo, la Honorable Corte Constitucional en sentencia SU-063-2023 ha definido cuando acaece el defecto citado en las providencias emitidas por los Jueces:

".. (...) La jurisprudencia constitucional ha precisado algunos de los supuestos en que este defecto se puede presentar: (i) cuando existe carencia absoluta de fundamento jurídico para la decisión, bien porque se soporte en una norma inexistente, derogada[o que ha sido declarada inconstitucional; (ii) la decisión judicial se fundamenta en una disposición claramente impertinente; (iii) cuando es inadecuada la aplicación de una norma al caso concreto porque la subsunción de esta no resulta adecuada a la situación fáctica objeto de estudio; (iv) cuando se aplica una disposición cuya interpretación desconoce la ratio decidendi de una sentencia con efectos erga omnes; (v) cuando un poder concedido al juez se utiliza para un fin no previsto en la disposición; (vi) la decisión se fundamenta en una interpretación asistemática del derecho, al omitir el análisis de otras disposiciones aplicables al caso y (vii) cuando la providencia incurre en incongruencia entre los fundamentos jurídicos y la decisión. Además, ha señalado que una autoridad judicial puede incurrir en un defecto sustantivo por interpretación irrazonable en, al menos, las siguientes dos hipótesis: (i) cuando le otorga a la disposición un sentido y alcance que esta no tiene (contraevidente interpretación contra legem), o de manera injustificada para los intereses legítimos de una de las partes; y (ii) cuando le confiere a la

disposición infraconstitucional una interpretación que en principio resulta formalmente posible a partir de las varias opciones que ofrece, pero que contraviene postulados de rango constitucional o conduce a resultados desproporcionados.. (..)"

Se condeule la parte demandante que se haya inaplicado en estas diligencias el Art. 167 del C.G.P., así como sus consecuencias jurídicas, artículo que reza:

".. (..) Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba... (..)"

En el plenario debe decirse que atendiendo a que el extremo demandado desatendió el mandato procesal de distribución de la carga de la prueba-carga dinámica de la prueba, quedó sometido a la exposición indiciaria de la **PRESUNCION DE CULPA** dentro del presente proceso por la inversión de la carga de la prueba al que estuvo sujeto en el proceso en desarrollo del **PRINCIPIO DE LA CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA**.

2.1. La providencia de 08 de agosto de 2023 del A-quo indica:

"..(..) Ahora bien, conforme lo invocó la parte recurrente por negación de prueba, recuérdese que este medio probatorio no fue negado, de hecho, se decretó en audiencia del 25 de agosto de 2022 (doc.78) y después de varios intentos para que se realizara el informe pericial sin materializarse, los apoderados judiciales solicitaron el amparo de pobreza sólo para esta pericia, el cual fue negado. Entonces, bajo esta premisa, no procede el recurso de apelación formulado.

En armonía con lo mencionado, y con el fin de llevar al Juez a buscar la verdad dentro de este juicio, se requiere tener más elementos de juicio para hacer una valoración probatoria que lleven a la certeza para dirimir el conflicto. Así las cosas, con relación a la carga de la prueba, bajo la facultad que otorga el art. 167 del CGP, en su inciso 2º. Que señala:

"...no obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos..."

Así, el juzgado bajo esta preceptiva, distribuye la carga de la prueba referente a los interrogantes formulados por la parte demandante decretados en audiencia del 25 agosto de 2022 (doc.78) para que las entidades Café Salud EPS S.A. en liquidación y Estudios Oftalmológicos S.A.S. que cuentan con profesionales en la salud idóneos para responder las preguntas formuladas, deberán hacer llegar el informe para este proceso dentro de los 10 días siguientes a la notificación que por estado se haga de este auto y aporten las respuestas a dichos interrogantes con observancia de los requisitos contenidos en el art. 226 ibídem para ser sometida a contradicción prevista en la Ley... (..)"

2.2. La providencia de 31 de agosto de 2023 indica:

".. (..)Advierte el despacho que el cumplimiento de la carga procesal según el documento 161 del repositorio digital no cumple requisitos de la prueba pericial. Previo traslado a las partes, el despacho le concede un término 15 días al apoderado judicial de la Sociedad Estudios Oftalmológicos S.A.S, para que el dictamen sea realizado por un tercero, CENDES de Medellín y/o Sociedad de Oftalmólogos para que absuelva las preguntas indicadas en el citado documento.. (..)"

El 28 de junio de 2017 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia profirió la sentencia SC9193-2017 con ponencia del Dr. Ariel Salazar Ramírez (Radicación nº 11001-31-03-039-2011-00108-01) en la cual resolvió el recurso de casación interpuesto en contra de una sentencia emitida por el Tribunal Superior de Bogotá, en la referida decisión se realizaron algunas consideraciones relevantes respecto de la carga de la prueba y el deber obligación de aportar pruebas, así:

".. (..) En el caso sub judice, el análisis individual y en conjunto de las pruebas de conformidad con las reglas de la sana crítica, demostró la presencia de todos los supuestos de hecho que exige la norma sustancial que consagra la declaración de responsabilidad civil, tal como se explicó líneas arriba; lo que se estima suficiente para negar la excepción.

No obstante, con el fin aclarar el concepto de 'carga de la prueba' y su diferencia con el 'deber de aportar pruebas', es necesario realizar la siguiente precisión doctrinal.

-La carga de la prueba y el deber-obligación de aportar pruebas.

(...) La carga de la prueba, por tanto, está siempre referida a la demostración de los presupuestos fácticos señalados por el precepto jurídico general, impersonal y abstracto aplicable al caso concreto, y éstos únicamente son expresados por la respectiva norma sustancial o por presunciones legales, sin que sea dable al juez crear o suprimir ingredientes normativos a su antojo, so pena de incurrir en una aplicación indebida o en una interpretación errónea de la ley sustancial. De ahí que siendo la carga de la prueba una regla de conformación sintáctica de la decisión judicial, los detalles de su distribución únicamente pueden estar prestablecidos por la norma sustancial que rige la controversia, o bien por una presunción de tipo legal, pero jamás por una invención de estirpe judicial.

(...) Si el derecho sigue siendo derecho, entonces la solución del caso concreto tiene que sustentarse –sin excepciones– en la demostración de los presupuestos fácticos requeridos por la ley general, impersonal y abstracta, sin importar a quién corresponde aducir las pruebas de tales supuestos en virtud del principio de la comunidad de la prueba. No es posible variar o distribuir la carga de la prueba de los elementos fácticos descritos en las distintas normas sustanciales sin que se viole el sentido original de las mismas, por lo que dicha infracción ameritaría el quiebre del fallo que haya incurrido en tal error, de conformidad con la respectiva causal de casación.

(...) La distribución de la carga de prueba, en suma, no depende de las particularidades de cada caso concreto, ni de la actuación de las partes dentro del proceso, ni de su mayor o menor cercanía con las evidencias, sino que se deduce exclusivamente de la estructura de la relación jurídica material que ha de decidirse, y por tanto siempre está prefigurada por la norma sustancial de carácter general, impersonal y abstracto, es decir que está dada de manera a priori y el juez no puede desconocerla o variarla sin que altere el mandato de la ley sustancial. Una cosa es la conformación de los enunciados fácticos a partir de los 'esquemas de problemas' (tópicos) que plantean los casos específicos, y otra bien distinta es crear y aplicar una norma jurídica nueva para cada situación particular, lo cual nunca ha sido, no es, ni puede ser derecho.

Permitir que el juez decida en cada caso concreto qué elementos estructurales de la ley sustancial han de quedar demostrados en el proceso y cuáles no (casuismo jurídico), supondría una completa incoherencia del derecho como sistema que garantiza expectativas fiables y estables; pues ello sería tanto como regresar a los tiempos en que imperaba la arbitrariedad por desconocimiento del principio de legalidad.

Para la aplicación de la regla de cierre de la carga de la prueba no importa que el interesado haya sido diligente en el

suministro de las pruebas o que haya estado inactivo; o que el juez haya impuesto a una u otra parte el deber de aportar pruebas, dado que la única posibilidad que la ley ofrece al sentenciador al momento de proferir su decisión, se enmarca en una lógica bivalente según la cual una vez probados los supuestos de hecho tiene que declarar la consecuencia jurídica, y ante la ausencia de tal prueba tiene que negar dichos efectos de manera necesaria, sin que pueda darse una tercera opción o término medio entre los argumentos de esa alternativa: tertium non datur.

3. Algo muy distinto ocurre con otra regla que, aunque tiene tanta importancia como la anterior, no es un mandato legal dirigido al sentenciador al momento de aplicar el derecho al caso concreto, sino una orden que el juez da a una de las partes en la fase de recopilación del acervo probatorio, para que suministre las pruebas que se necesitan al interior del proceso a fin de demostrar las hipótesis fácticas previstas en las normas sustanciales en que se ha de fundamentar la decisión. La anterior distinción ha sido establecida por la ciencia del derecho procesal, al diferenciar entre los actos que incumben al órgano judicial y los actos que corresponden a las partes. El deber-obligación de suministración o aportación de pruebas es funcionalmente distinto de la regla de clausura de la carga de la prueba, pues no es un mandato dirigido al juez para que se abstenga de declarar la consecuencia jurídica que la ley positiva tiene prevista ante la falta de demostración de los supuestos de hecho que ella consagra, sino que está orientado a reglar la actividad probatoria de las partes con sujeción a razones de justicia, equidad, lealtad procesal, buena fe, cooperación, solidaridad y consecución de la verdad material.

El requerimiento que el juez hace a una de las partes para que aporte el material probatorio que está a su disposición no es ni puede ser una carga, pues las cargas son actos de mera liberalidad que los sujetos procesales pueden realizar o no como a bien lo tengan, y que han de ejercitar para su propia conveniencia si quieren obtener éxito en el proceso. La figura de la carga se distingue del deber en que su cumplimiento es de interés exclusivo del sujeto que de ella está investido, mientras que el interés en el cumplimiento del deber lo tiene el acreedor o derechohabiente. De ahí que la principal característica de la carga frente al deber es su incoercibilidad.

El deber-obligación de aducir pruebas, por el contrario, es una verdadera constricción que el juez impone a una de las partes según ciertas condiciones que justifican tal proceder (señaladas en el inciso segundo del artículo 167 del Código General del Proceso), cuyo resultado no está dirigido a beneficiar al obligado sino que se

establece en interés de la contraparte que se halla en una enorme desventaja probatoria por encontrarse en estado de indefensión, incapacidad u otras circunstancias similares.

Este deber-obligación concretiza un ideal de justicia distributiva cuando autoriza al juez a ordenar el suministro de pruebas a la parte que está en mejores condiciones de proveerlas; no está dirigido al sentenciador al momento de decidir el litigio sino a las partes en las etapas en las que es posible y necesario incorporar al proceso los elementos materiales que se requieren para el descubrimiento de la verdad; y su inobservancia por renuencia de la parte obligada a colaborar con la práctica de las pruebas no apareja la declaración de la consecuencia jurídica que consagra la norma sustancial, sino un indicio de conducta que ha de valorarse desde el punto de vista de la libre apreciación racional de las pruebas (arts. 71-6, 249 CPC; y 78-8, 241 CGP); sin perjuicio de las sanciones disciplinarias que puede imponer el juez por incumplimiento de sus órdenes (art. 39-1 CPC y 44-3 CGP).

La carga de la prueba responde a las preguntas 'qué debe probarse y quién soporta las consecuencias de la ausencia de prueba', y ya se dijo que lo que se debe probar son los supuestos de hecho consagrados en la norma sustancial, de suerte que en ausencia de su demostración, el juez deberá negar la declaración del efecto jurídico previsto en la ley. El deber de suministración de las pruebas, en cambio, obedece a la cuestión de 'quién está obligado a aportar ciertas pruebas por estar en mejores condiciones de hacerlo', es decir cuál de las partes está compelida a allegar los elementos materiales de conocimiento sobre los hechos en razón de su mejor posición o cercanía con los mismos. .. (..)"

".. (..) 4. La carga de la prueba no sólo se ha confundido con el deber-obligación de aportación de pruebas, sino que a menudo se invoca una supuesta "distribución o dinamización de la carga de la prueba" en casos en los que simplemente se trata de demostrar los enunciados fácticos mediante hipótesis indiciarias.

La construcción, valoración y contradicción de pruebas circunstanciales, indirectas o inferenciales se rige por las reglas específicas que para esos medios probatorios consagra el estatuto procesal, sin que sea admisible confundir tales operaciones del entendimiento con una especie de flexibilización o atenuación del principio de la necesidad de la prueba, pues siempre que existan hechos probados a partir de los cuales se pueda inferir la presencia de una presunción de

hombre o de un indicio para demostrar la existencia de otros hechos que no pueden probarse directamente, las partes podrán sugerir o postular las hipótesis circunstanciales en sus alegaciones finales, y el juez tendrá que elaborar en la sentencia el respectivo razonamiento indiciario o presuntivo, según el caso, para evitar incurrir en un vicio de motivación por deficiencias en la valoración material de las evidencias.

Lo anterior, lejos de aliviar las exigencias probatorias, significa un estricto cumplimiento de las mismas en aras de la consecución de la verdad que resulta relevante para la solución del problema jurídico que ha de resolver la sentencia". (Subrayas fuera del texto original)... (..)"

De lo decidido por el despacho en los autos o providencias calendadas en el mes de agosto de 2023 existió una redistribución de la carga de la prueba, en dicho entendido con las providencias anotadas era el extremo pasivo a quien le correspondía probar mediante pericia y/o prueba pericial que las secuelas en la humanidad padecida por la demandante **MARIA DILENY LOPEZ GOMEZ** que obró con diligencia y cuidado en la intervención quirúrgica de 20 de febrero de 2014, situación que no probó.

En la sentencia del 30 de enero de 2001, con ponencia del Dr. José Fernando Ramírez Gómez (Expediente No. 5507), la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre la carga dinámica de la prueba en los procesos de responsabilidad civil médica al analizar una lesión generada en el oído izquierdo de un paciente luego de la cirugía que le fue realizada en dicho órgano por el médico demandado.

En esta oportunidad esa Corporación explicó sobre la carga dinámica de la prueba lo siguiente:

"(..).. Aunque para la Corte es claro que los presupuestos de la responsabilidad civil del médico no son extraños al régimen general de la responsabilidad (un comportamiento activo o pasivo, violación del deber de asistencia y cuidado propios de la profesión, que el obrar antijurídico sea imputable subjetivamente al médico, a título de dolo o culpa, el daño patrimonial o extrapatrimonial y la relación de causalidad adecuada entre el daño sufrido y el comportamiento médico primeramente señalado), y que en torno a ese panorama axiológico debe operar el principio de la carga de la prueba (artículo 177 del Código de Procedimiento Civil), visto con un sentido dinámico, socializante y moralizador, esto es, distribuyéndola entre las partes para demandar de cada una la prueba de los hechos que están en posibilidad de demostrar y constituyen fundamento de sus alegaciones, pues éste es el principio implícito en la norma cuando exonera de prueba las afirmaciones o negaciones indefinidas, precisamente por la dificultad de concretarlas en el tiempo o en el espacio, y por

ende de probarlas, resulta pertinente hacer ver que el meollo del problema antes que en la demostración de la culpa, está es en la relación de causalidad entre el comportamiento del médico y el daño sufrido por el paciente, porque como desde 1940 lo afirmó la Corte en la sentencia de 5 de marzo, que es ciertamente importante, "el médico no será responsable de la culpa o falta que se le imputan, sino cuando éstas hayan sido determinantes del perjuicio causado... (..)

".. (..) En conclusión y para ser coherentes en el estudio del tema, se pudiera afirmar que en este tipo de responsabilidad como en cualquiera otra, deben concurrir todos los elementos o presupuestos materiales para el éxito de la pretensión, empezando por supuesto con la prueba del contrato, que es carga del paciente, puesto que es esta relación jurídica la que lo hace acreedor de la prestación del servicio médico, de la atención y el cuidado. Igualmente, corresponde al paciente, probar el daño padecido (lesión física o psíquica) y consecuentemente el perjuicio patrimonial o moral cuyo resarcimiento pretende. Ahora, probado este último elemento, sin duda alguna, como antes se explicó, que lo nuclear del problema está en la relación de causalidad adecuada entre el comportamiento activo o pasivo del deudor y el daño padecido por el acreedor, pues es aquí donde entran en juego los deberes jurídicos de atención y cuidado que en el caso concreto hubo de asumir el médico y el fenómeno de la imputabilidad, es decir, la atribución subjetiva, a título de dolo o culpa. Pero es precisamente en este sector del comportamiento en relación con las prestaciones debidas, donde no es posible sentar reglas probatorias absolutas con independencia del caso concreto, pues los habrá donde el onus probandi permanezca inmodificable, o donde sea dable hacer actuar presunciones judiciales, como aquellas que en ocasiones referenciadas ha tenido en cuenta la Corte, pero también aquellos donde cobre vigencia ese carácter dinámico de la carga de la prueba, para exigir de cada una de las partes dentro de un marco de lealtad y colaboración, y dadas las circunstancias de hecho, la prueba de los supuestos configurantes del tema de decisión. Todo, se reitera, teniendo en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica, complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como el tiempo y el lugar del ejercicio, pues no de otra manera, con justicia y equidad, se pudiera determinar la corrección del acto médico (lex artix)". (Subrayas fuera del texto original).. (..)"

En esta providencia la Corte Suprema de Justicia resolvió no casar la sentencia cuestionada, pero dejó sentada una posición relevante acerca de la posibilidad de establecer la actuación culposa o dolosa imputada al demandado a partir de presunciones o de la dinamización de la carga de

la prueba de la parte demandante, en los casos en los cuales se le dificulta la prueba del deber jurídico incumplido.

En sentencia del 15 de septiembre de 2016 con ponencia de la Dra. Margarita Cabello Blanco (Radicado No. 11001 31 03 018 2001 00339 01) la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia decidió un caso de responsabilidad civil médica por la ceguera generada a un bebé prematuro, en el cual el Tribunal Superior de Bogotá había revocado la sentencia condenatoria parcial de primera instancia respecto de la EPS y la médica oftalmóloga tratante, tras considerar que "...la tardanza en llevar al niño a las citas programadas incidió, definitivamente, en el desarrollo de la enfermedad. A partir de ello, el juzgador consideró que la demandada no tuvo responsabilidad en la pérdida de la visión del menor."

En esta oportunidad la Corte no casó la sentencia debido a que no encontraron acreditados los errores de hecho denunciados en la valoración de las pruebas, y a que el reparo frente a un posible error de derecho no cumplió con las reglas técnicas exigidas para su estudio de fondo.

Sobre la teoría de la carga dinámica de la prueba la Corte explicó en dicho pronunciamiento lo siguiente:

".. (..) De lo expuesto surge que ante el requerimiento de definir la responsabilidad de un profesional de la medicina o del establecimiento hospitalario, la carga probatoria tendiente a acreditar los elementos de la misma queda subsumida, en línea de principio, en las reglas generales previstas en los artículos 1604 del C.C. y 177 del C. de P.C., en otros términos, debe ser asumida por parte del actor. No obstante, como lo ha venido señalando la jurisprudencia, a quien, en últimas, le corresponde acometer ese compromiso es aquel litigante que esté en mejores condiciones para la acreditación del hecho a probar (carga dinámica de la prueba), determinación a cargo del funcionario, según su criterio, aunque referido a circunstancias objetivas que develen la real posibilidad de que una u otra parte sea la llamada a ejercer ese rol.

En el asunto analizado, obsérvese que el juzgador, al aprehender el estudio de la controversia, de entrada, dejó señalado que 'en línea de principio', el interesado era el llamado a demostrar el comportamiento culpable del médico. Y, evidentemente, en otros episodios de la sentencia puso de presente que esa carga debía ser soportada por los demandantes. (...)"

"..(..) En efecto, las determinaciones judiciales traídas como ilustración aluden a lo que podría considerarse las primeras líneas en la judicatura tendientes a introducir un concepto

nuevo en materia de pruebas y, concretamente, en cuanto a qué parte le asiste el compromiso de acreditar la culpa del presunto causante del daño, es decir, a aquella que en mejores condiciones se encuentra para acreditar los elementos de la responsabilidad pretendida; en todo caso, la exoneración proviene no de las afirmaciones o de las negaciones que sostenga la parte o de si el hecho es o no conocido; hipótesis que sí acontece en la normatividad invocada por el accionante (art. 177 C. de P.C.)". (Subrayas fuera del texto original)... (..)"

En la citada providencia, si bien la Corporación tampoco hizo uso de la carga dinámica de la prueba, fue más específica en identificar algunos parámetros de aplicación de esta figura procesal, refiriendo que: i) corresponde asumir la carga de probar a "aquel litigante que esté en mejores condiciones para la acreditación del hecho a probar"; y ii) que dicha alteración compete definirla al funcionario judicial encargado de decidir el proceso, de acuerdo a "circunstancias objetivas que develen la real posibilidad de que una u otra parte sea la llamada a ejercer ese rol"

El 24 de mayo de 2017 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia emitió sentencia SC7110-2017 con ponencia del Dr. Luis Armando Tolosa Villabona (Radicado N° 05001-31-03-012-2006-00234-01), en dicha providencia, la Corte expuso sobre la carga dinámica de la prueba que:

".. (..) El trasfondo del ataque implica aceptar que el éxito de la pretensión indemnizatoria pendía de demostrar, entre otras cosas, la culpa del médico demandado Juan José Uribe Pardo, bien por la actividad directa del extremo demandante, como regla general, ora por la aplicación de otros estándares o criterios excepcionales de flexibilización en esa precisa materia, como supra se anticipó.

Esto último, al ser factible, en doctrina de esta Corporación, "(...) que el juez, con sujeción a las normas jurídicas y de la mano de las reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica, deduzca ciertas presunciones (simples o de hombre) (...); o que lo haga a partir de indicios endoprocesales derivados de la conducta de las partes (artículo 249 ibídem); o que acuda a razonamientos lógicos como el principio res ipsa loquitur [la cosa habla por sí misma] (como cuando se olvida una gasa o material quirúrgico en la zona intervenida, o se amputa el miembro equivocado, etc.); o teniendo en consideración la manifiesta anormalidad de las consecuencias del acto médico deduzca una 'culpa virtual' o un 'resultado desproporcionado' (...)" .

".. (..) Lo anterior, desde luego, atendiendo las circunstancias específicas en causa, dado que la aplicación literal del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, a cuyo tenor "[i]ncumbe

a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, podía dar al traste con el derecho reclamado, no obstante existir particularidades especiales que daban lugar a dinamizar o a superar esa regla general probativa”. (Subrayas fuera del texto original)... (..)”

En este pronunciamiento la Corte señala que la dinamización de las cargas probatorias se logra a través de: i) las “reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica; ii) las presunciones; iii) los “indicios endoprocesales”; iv) “el principio res ipsa loquitur”; v) y la culpa virtual o resultado desproporcionado”.

Adecuado por su valía procesal, es importante remitirnos a lo dicho por la Doctrina respecto del desarrollo del **PRINCIPIO DE LA CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA**, conforme a ensayo bibliográfico publicada por la UNIVERSIDAD LIBRE SEDE CARTAGENA dentro de la obra “**.. (..) LA CARGA DE LA PRUEBA Y EL DERECHO A PROBAR EN EL CODIGO GENERAL DEL PROCESO..(..)** ponencia fue elaborada por el semillero de derecho procesal “EVELIO SUAREZ SUAREZ” dirigido por el Prof. Curro Cabrales de la Pava, del Programa de Derecho de la Universidad Libre, Sede Cartagena; la cual fue presentada en el XIV Concurso Internacional de Derecho Procesal, llevado a cabo en la ciudad de Medellín, en el mes de septiembre de 2013 obra que indica:

“.. (..) 3. CAPITULO III. PRINCIPIO DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA: CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS Y DESARROLLO.

*Este concepto moderno, instituido por el legislador en el inciso 2º del artículo 167 del CGP, que antes de la expedición de la norma en cita, era del orden jurisprudencial, tuvo su necesario recorrido histórico en diversas legislaciones y desde luego en la Colombiana cuando se entendió que una interpretación justa, racional, democrática y moderna del **ONUS PROBANDI**, debía abandonar los conceptos pétreos, rígidos y por tanto injustos, de las reglas de la carga de la prueba para dar paso a un “reparto” equilibrado de esas cargas, que tuviera en cuenta la facilidad y la disponibilidad probatoria de las partes para llevar los diversos medios de prueba a un proceso. Así las cosas, esa concepción estática de la carga de la prueba empezó a flexibilizarse en las diversas legislaciones, buscando mayor equidad, mayor objetividad en cada caso sometido al escrutinio judicial, y desde luego decisiones más justas. Estos mecanismos probatorios fueron llamados, bautizados o inscritos, en el ámbito de la nueva dinámica de la carga de la prueba, por simple oposición a los anteriores criterios romanos, estrictos, rígidos, pétreos, inflexibles. En particular, nuestra jurisprudencia introdujo esta flexibilización en el tema de la culpa médica por ser los clásicos asuntos donde los elementos de prueba son difíciles de alcanzar, pues*

hasta entonces el demandante, paciente o sus familiares, debían demostrar la culpa del médico tratante o del cirujano, so pena de que se liberara de toda responsabilidad al demandado. En aras a la brevedad, se estudiara el desarrollo jurisprudencial de reglas puntuales de vital injerencia en estos casos de difícil acceso al elemento probatorio, tales **como res ipsa loquitur**, prima facie, **culpa virtual y carga dinámica de la prueba**; sin desconocer que la responsabilidad médica fue acreditada en muchos tribunales a través de presunciones que finalmente, también son mecanismos probatorios.

Regla ipsa loquitur: "las cosas hablan por sí solas", o los hechos hablan por sí solos, indicando que el médico responde porque los hechos **son suficientemente elocuentes**, para no dudar que el hecho dañoso lo ha causado él. Esta regla, permite deducir la negligencia del médico por daños desproporcionados, o aquellos que normalmente no se producen sino en razón de una conducta negligente del médico. El Consejo de Estado Colombiano acogió esta tesis en sentencia del 19 de agosto de 2009 en un asunto médico-obstétrico porque advirtió un yerro flagrante, ostensible, en la atención, valoración y diagnóstico de la paciente.

Regla Prima Facie: denominada también prueba de primera impresión, está directamente relacionada con otra máxima latina *id quod plerumque accidit* (lo que ocurre más a menudo o frecuentemente) parte de la base de la culpa médica, porque puede deducirse de las reglas o máximas de la experiencia, la presunción judicial de culpa del galeno; pues lo evidente no necesita prueba, es decir, quien alega la ocurrencia normal o regular o común de los hechos, es eximido de prueba; mientras quien alega lo anormal, lo irregular o lo fuera de lo común (lo extraordinario) debe probarlo. Según este criterio puede decirse en materia de responsabilidad médica, que un tratamiento correcto debe devolver la salud del paciente y de no lograrse la curación, prima facie debe pensarse que el médico obró con negligencia.

Culpa Virtual: término acuñado por la jurisprudencia francesa, que endilga responsabilidad al médico, cuando a partir de un resultado dañino, desproporcionado, se establece la relación o nexo causal, entre su proceder y el resultado dañino, en cuyo caso el operador judicial puede PRESUMIR LA CULPA DEL GALENO, generando que se invierta la carga de la prueba, para que sea el médico el que demuestre su diligencia y cuidado y solo librará su responsabilidad, si prueba que la causa del daño no fue consecuencia de su acción.

Carga Dinámica de la Prueba: habida cuenta de la extrema dificultad de los pacientes o de sus familiares para probar la culpa médica, convertida por cuenta de las reglas de la carga

de la prueba romanas, en verdaderas pruebas diabólicas, surgió en el campo jurisprudencial y doctrinal la TEORIA DE LA CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA, tesis que ha recibido diversas denominaciones: teoría de la solidaridad, efectiva colaboración de las partes, cargas probatorias dinámicas, entre otras; introduciendo procesalmente un principio protector para la parte más débil, desprendiéndose de la rigidez de las reglas de la carga de la prueba romanas, por un sistema, flexible, dinámico, que puede ser atribuido bien al actor o bien al demandado, según las circunstancias del caso concreto y desde luego, según la situación procesal de las partes, para aportar evidencias o esclarecer los hechos, por su situación más favorable, o por haber intervenido directamente en los hechos, o su cercanía con ellos, o por tener los medios de prueba en su poder, o por circunstancias técnicas especiales, o por su mayor capacidad o por el contrario, por su estado de indefensión o incapacidad o por cualquier otra circunstancia, tal como reza el artículo 167 del CGP. La H. Corte Suprema de Justicia hizo especial aplicación de esta teoría, en sentencia del 30 de enero de 2001, M.P. José Fernando Ramírez Gómez, y en sentencia del 13 de diciembre de 2002, flexibilizando el precepto del artículo 177 del C.P.C. (Carga de la Prueba), derivando mayor equidad en los derechos de los menores en declaratorias de paternidad o maternidad, donde la prueba no podía depender de la voluntad o la efectiva colaboración del pretendido padre o madre, que no es amo o dueño del elemento probatorio.

En principio consideramos que, inicialmente, el régimen probatorio, en tratándose de la responsabilidad médica, sigue siendo de responsabilidad subjetiva o de culpa probada, sin PERJUICIO de que puedan darse casos de presunción de culpa y otros donde el juez echa mano a la teoría de la carga dinámica de la prueba.. (..)"

Descendiendo al caso en concreto con la historia clínica de la paciente quedó demostrado lo siguiente:

- La paciente quedó padeciendo un estrabismo concomitante convergente y un estrabismo paralítico como consecuencia de la intervención quirúrgica de la que fue víctima por el médico oftalmólogo Dr. **JORGE RAMÓN HOYOS HERAZO** el pasado 20 de febrero de 2014, en dicho entendido la corrección del estrabismo que era dirigido a alinear la posición de su ojo derecho de una mejor forma generó des posicionamiento del mismo que lo llevo hacia adentro, causando en la paciente una ENDOTRIPIA.
- Así mismo quedó padeciendo una diplopía en su ojo derecho.
- El daño estético con el que quedó la paciente en su ojo derecho le generó un daño psicológico y/o psiquiátrico constante, el cual padece hasta la fecha.

- La paciente quedó con una pérdida de capacidad laboral del 8,9% conforme a las secuelas de la intervención quirúrgica, situación que quedó probado con la pericia aportada por la parte demandante emitido por la Dra. **MARIA CRISTINA CORTES ISAZA**, según dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la **Dra. MARIA CRISTINA CORTÉS ISAZA** en fecha 28 de febrero de 2018 en el cual se determina que la Sra. **MARIA DILENY LOPEZ GOMEZ** presenta un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 8,9% con fecha de estructuración 11 de agosto de 2014, dictamen que fue sustentado en la audiencia del 24 de julio de 2024.
- Los familiares de la paciente sufrieron daños colaterales como consecuencia de la intervención quirúrgica mentada en su moralidad, así mismo la demandante intervenida afiliada al sistema sufrió un perjuicio moral y por daño en la vida en relación.

Téngase en cuenta también lo dicho por el Ex magistrado y Tratadista Dr. **JAVIER TAMAYO JARAMILLO** titulada "**(..) REFLEXIONES SOBRE LAS CARGAS PROBATORIAS DINAMICAS .. (..)**", según publicación efectuada por *Ámbito Jurídico* el 03 de agosto de 2021 que indica:

".. (..) El artículo 167 del Código General del Proceso (CGP) reguló la teoría de las cargas probatorias dinámicas. Las ideas que siguen buscan perfilar la finalidad y los requisitos para la aplicación de dicha doctrina.

Siguiendo otras legislaciones, como la argentina y la española, el CGP tuvo el cuidado de establecer como principio general la premisa de que el que alega un hecho debe probarlo (onus probandi). Esto tiene su razón de ser en que el derecho sustantivo impone soberanamente la carga de la prueba de determinados hechos a una de las partes. Así, por ejemplo, desde hace casi un siglo, la ley, la jurisprudencia y la doctrina tienen establecido, como principio general, que la culpa médica y el nexo de causalidad deben ser probados por el demandante.

Sin embargo, a veces, el juez cree que, de un lado, al paciente le queda muy difícil probar la culpa y, en cambio, al médico le queda fácil probar la diligencia y el cuidado. En tales circunstancias, el juez, según las particularidades del caso, le puede imponer al demandado la carga de probar que actuó diligentemente. Pero esa carga solo se puede imponer al demandado, si este en realidad, para ese caso concreto, tiene facilidad de cumplir la carga probatoria que se le impone. Este es elemento esencial para imponer una carga probatoria. Por falta de espacio me

queda imposible explayarme sobre esta premisa. Solo daré una pincelada.

En efecto, hasta antes de fallar, el juez puede imponer la presunción de culpa contra el médico y, luego de notificarlo, este puede interponer un recurso contra esa providencia. Si no se notifica la imposición de la carga, se viola el derecho de defensa del demandado.

Pero, a menudo, se presenta un problema que el legislador colombiano no resuelve en forma expresa. En efecto, supongamos que el médico, pese a sus conocimientos de medicina y de haber practicado el cuidado de salud que produjo el daño, no fue capaz de probar ausencia de culpa, aunque, con lealtad, hasta el final, hizo lo posible por lograrlo. ¿Cómo procede el juez al momento de fallar, si el artículo 167 exige como requisito indispensable para imponer la presunción que el demandado tenga facilidad de probar ausencia de culpa? Si el demandado probó que no tenía esa facilidad, ¿qué pasa con la presunción?

Alguien podría alegar que el artículo 167 del CGP considera que esa facilidad siempre la tienen los médicos, ya que ellos practican el acto médico dañino y saben de medicina. Luego, ya, de antemano, la ley presume, en forma irrefragable, la culpa del médico, pues este practicó el cuidado de salud que causó el daño y sabe de medicina. Sin embargo, si esa fuera la solución, ello significaría que el onus probandi quedaría borrado de un plumazo, pues la presunción de inocencia del Código Civil queda revocada por esa presunción inexorable generada por el hecho de que el médico realizó el acto dañino y sabe de medicina. Mejor dicho, las obligaciones de medio desaparecerían de nuestro derecho sustantivo, pues siempre se presumirían la culpa y el nexo causal.

Considero que la solución es la siguiente: el artículo 167 presume que el médico tiene facilidad de probar ausencia de culpa, ya que él realizó el acto médico y sabe de medicina. Y como se presume que tiene esa facilidad probatoria, también se presume que fue culpable. Una presunción descansa sobre la otra. Ahora, cuando el médico prueba que, pese a saber de medicina, no tiene facilidad de probar ausencia de culpa en el caso concreto, la presunción de facilidad probatoria se derrumba. Y, como por arte de magia, cuando el médico prueba que, para ese caso, no tiene facilidad probatoria, la presunción de culpa también se desvanece. En consecuencia, el onus probandi recupera su imperio y el médico deberá ser absuelto, dado que su culpa no fue probada, y la presunción del artículo 1604 del Código Civil no se aplica, pese a que la Corte Suprema de Justicia considera lo contrario. En otra oportunidad explicaré mi posición.

El problema en tales circunstancias es el mecanismo para desmontar la presunción de culpa impuesta antes de la sentencia. No tengo espacio para discutir el punto, pero creo que el juez, convencido de la incapacidad probatoria del médico, debe revocar la presunción de culpa y, en su lugar, absolverlo.

Jorge Peyrano, padre de la teoría, así lo expresa: "Puede suceder que quien prima facie está en mejor condición de probar no se encuentre en realidad en tal situación privilegiada (...). Al respecto, acertadamente, se ha expresado: 'Ahora bien, si analizamos la cuestión desde la perspectiva del accionado, aquel desplazamiento del onus probandi será aceptable, solo si, respecto de tales hechos, el demandado se encontrara, a su vez, en reales posibilidades de acreditarlos, pues en caso contrario, cuando las dificultades probatorias afecten tanto al actor cuanto al demandado, la inversión de la carga procesal respectiva no halla justificativo alguna atento a que constituiría también, un quebrantamiento a los multinombrados principios fundantes de la distribución del esfuerzo probatorio pero en esta oportunidad, contra la factibilidad de éxito de la demandada (...). Así las cosas, se avizora que no puede reclamarse al proceso civil una fijación a priori infalible acerca de los roles y tareas de las partes"[1].

Si bien, es claro conforme a la jurisprudencia que la dinamización de las cargas probatorias se logra a través de: i) las "reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica; ii) las presunciones; iii) los "indicios endoprocesales"; iv) "el principio res ipsa loquitur"; v) y la culpa virtual o resultado desproporcionado", dejó entonces el A-quo de lado los presupuestos aquí avizorados por el precedente jurisprudencial del máximo órgano de cierre en la Jurisdicción Civil para establecer si existió no responsabilidad civil medica por parte de las entidades demandadas, los cuales debieron ser tenidos en cuenta para solucionar el planteamiento jurídico planteado desde la fijación del litigio.

De lo referido por esta parte, como ya advirtió quedó probado que la paciente **MARIA DILENY LOPEZ GONZALEZ** con anterioridad a la practica de la intervención quirúrgica de 20 de febrero de 2014, padecía de un **ESTRABISMO CONCOMITANTE DIVERGENTE**, diagnostico que se agravó al quedar padeciendo la misma de un estrabismo concomitante convergente y un estrabismo paralítico, así como de una diplopía y los daños estéticos y psicológicos en su humanidad.

Desciende esta parte aducir que era necesario que el A-quo acudiera entonces a las reglas de la experiencia en estos asuntos, conforme al sentido común y la ciencia para establecer si el empeoramiento en las condiciones de salud de la paciente, eran un resultado natural de la intervención quirúrgica a la que se sometió la misma para el 20 de febrero de 2014.

La literatura respecto del riesgo inherente de la intervención quirúrgica consistente en corrección de estrabismo concomitante divergente indica que no es un riesgo lógico o natural que producto de la corrección de un estrabismo concomitante divergente, el paciente quede padeciendo una entropía o estrabismo concomitante convergente, estrabismo paralítico y una diplopía permanente.

Remitámonos a lo dicho por la REVISTA CUBANA DE OFTALMOLOGIA VOL. 32 No. 3 (2019) Castro Pérez, **".. (..) Comportamiento Clínico Quirúrgico de la Exotropía de Gran Ángulo.. (..)",** Instituto Cubano de Oftalmología "Ramón Pando Ferrer". La Habana, Cuba que indica:

".. (..) Las exotropías constituyen un desequilibrio oculomotor con pérdida del paralelismo de los ejes oculares en el que mientras unos de los ojos mantiene la fijación en el objeto motivo de su atención, el eje visual del otro ojo se desvía hacia afuera, son menos frecuentes que las esotropías, y son más frecuentes en el sexo femenino.⁽¹⁾ Los estrabismos divergentes, de acuerdo con su persistencia en el tiempo, se pueden clasificar en intermitentes o permanentes.^(1,2) La exotropía permanente se caracteriza porque la desviación divergente es constante, o sea, sin existir intervalos de paralelismo en los ejes oculares. Su comienzo suele ser tardío, por encima de cuatro años de edad, e incluso en la adolescencia; pero existen algunas formas de comienzo muy precoz consideradas congénitas que con frecuencia corresponden a niños con daños neurológicos importantes. Son frecuentes los casos en que la exotropía de comienzo precoz está ligada a alteraciones anatómicas orbitarias, faciales, malformaciones musculares, o por parálisis del III par craneal.⁽¹⁻³⁾

Entre las características clínicas encontramos el ángulo de desviación constante, que puede ser alternante o monocular. Son frecuentes las incomitancias en las miradas laterales; suelen darse alteraciones verticales consistentes en descenso en aducción y elevación en abducción del ojo desviado, y pueden darse síndromes alfabéticos con mayor frecuencia que en las exotropías intermitentes. Entre las alteraciones sensoriales encontramos ambliopía con más asiduidad que en las exotropías intermitentes. Cass, en el año 1937, describió el fenómeno de mayor visión panorámica, y Burian en 1971, advirtió sobre el hecho de que su reducción tras la cirugía pudiera decepcionarlos.⁽¹⁻³⁾

El tratamiento del estrabismo tiene como objetivo prevenir o eliminar la ambliopía y obtener el paralelismo ocular. Para los padres del niño y para los adultos estrábicos es más importante la corrección de la estética del estrabismo; sin embargo, para el médico lo primordial es la recuperación visual y después la estética.⁽¹⁻³⁾ En las permanentes se debe realizar tratamiento quirúrgico precoz. En presencia de ángulo de desviación mayor de 50 dioptrías prismáticas se decide cirugía de 3 músculos, recesión de ambos músculos rectos laterales y resección de un músculo recto medio. La conducta en las exotropías consecutivas depende de la edad del paciente y la limitación de los movimientos oculares, entre otros factores, y se prefiere realizar cirugía exploratoria, localizar los músculos rectos medios y llevarlos a su inserción anatómica, en dependencia de la clínica del paciente y de las características anatómicas del músculo encontrado, y decidir si hay que hacer una resección de este.⁽¹⁻⁵⁾ La prevalencia de estrabismo de adulto en los Estados Unidos es estimado en un 4 %, y aproximadamente la mitad comienza en la niñez, antes de la maduración del sistema visual.^(6,7) Desde el punto de vista social tiene efectos negativos sobre la vida del paciente que afectan específicamente la imagen que la persona tiene de sí mismo y la relación con su entorno social, y por tanto, laboral y familiar.^(8,9)

El tratamiento quirúrgico resuelve en la mayoría de los casos el desequilibrio motor que presentan estos pacientes y además favorece la restauración del estado sensorial; mejora significativamente la calidad de vida visual y el beneficio cosmético y reconstructivo que proporciona un aumento en la autoestima del paciente.. (..)

Ahora bien, en lo atinente a las complicaciones de la corrección de estrabismo concomitante divergente la literatura médica también ha predicho:

".. (..) La diplopía se produce con bastante frecuencia en las primeras semanas siguientes a la operación, la cual desaparece.

Las complicaciones raras o muy raras que pueden producirse tras la operación son: infección ocular, hemorragia en caso de perforación escleral, deslizamiento o desprendimiento del músculo, o incluso pérdida de visión.

La cirugía del músculo ocular da lugar a la formación de cicatrices (fibrosis); si la cicatriz es extensa, se puede apreciar hinchazón y enrojecimiento del tejido en la parte blanca del ojo. La fibrosis se puede reducir usando mitomicina C durante la operación.

Muy raramente, pueden darse complicaciones potencialmente mortales durante la cirugía del estrabismo debido al reflejo óculo-cardíaco.. (..)

ANALISIS DEL CASO CONCRETO:

ESTRABISMO: desviación del alineamiento de un ojo en relación al otro. Impide fijar la mirada de ambos ojos al mismo punto

ESTRABISMO DIVERGENTE o EXOTROPIA: desvío de los ojos hacia afuera.

DIPLOPIA: visión doble

ENDOTROPIA: es una anomalía visual que consiste en la desviación del globo ocular hacia la región nasal, es decir, que tiene un carácter convergente

RESUMEN HISTORIA CLINICA DE LA PACIENTE:

- 15-09-03, Historia clínica del Hospital San Juan de Dios de Armenia, donde figura descripción quirúrgica de corrección de estrabismo convergente

- 23-07-10 Evaluación médico oftalmólogo Gonzalo Iván Marín, Oftalmología Integral del Quindío. Refiere haber sido operada hace 7 años por el Dr López, indica quedó bien y luego recidiva del estrabismo. No hay anotaciones del examen físico oftalmológico. Se solicita evaluación de la historia clínica anterior, en especial descripción quirúrgica de cirugía previa.

- 13-01-12 Evaluación médico oftalmólogo Jorge Ramón Hoyos, encuentra exotropía alterna preferencia ojo izquierdo, 30D aproximadamente, solicita medidas y valoración por ortóptica.
- 21-02-12 Evaluación de optómetra, Mireya Ferreira. Estrabismo residual. Antecedente de cirugía en 2003. Ojo derecho descentrado borde pupilar interno. Recomienda posible cirugía (?), definir conducta...
- 24-02-12 Evaluación Dr Jorge Ramón Hoyos, médico oftalmólogo, con consulta por desviación en ojo derecho hacia afuera. En análisis hace diagnóstico de exotropía residual ojo derecho y solicita debilitar recto externo, reforzar recto interno 6 mm en ojo derecho.
- 14-06-13, evaluación de ortóptica, Dra Claudia María Agudelo, confirma medidas de estrabismo.
- 23-01-14 Evaluación de oftalmología Dr Jorge Ramón Hoyos quien encuentra:
 - a) Exotropía alterna preferencia ojo izquierdo, 30D.
 - b) Exotropía residual.
 - c) Análisis: debilitar recto externo, reforzar recto interno ojo derecho 5 mm.
- 20-02-14 Oftalmología Integral del Quindío. Informe quirúrgico para corrección de estrabismo dos músculos en un ojo. Se le realiza reinsertión o retroinsertión de músculo recto y oblicuo del ojo derecho. Posterior a lo mismo se encuentra endotropía, diplopía. Se ordenan ejercicios correctivos.
- 24-04-14 Evaluación Dr Jorge Ramón Hoyos, médico oftalmólogo, control posquirúrgico. Limitación de abducción de ojo derecho ++, epicanto marcado. Posición cosmética excelente. Se solicita valoración por ortóptica.
- 28-04-14 Evaluación de la Dra Mireya Ferreira, optómetra: desvía el ojo derecho hacia la nariz, hay diplopía. Se solicitan 5 sesiones de ortóptica.
- 30-04-14 Evaluación Dra Milena Sofía Tirado. Desea segundo concepto por que le practicaron cirugía de estrabismo y ahora nota que el ojo se le desvía mas. Demás refiere diplopía. Al examen encuentra endotropía derecha y limitación de abducción de ojo derecho.
- 28-04-14 orden de Cafesalud 115923833 para evaluación por Oftalmología. Se da cita para estudios oftalmológicos.
- 28-04-14 Evaluación de optómetra Mireya Ferreira quien encuentra estrabismo residual acompañado de diplopía horizontal y vertical.

- 05-05-14 terapia de ortóptica.
- 09-05-14 terapia de ortóptica.
- 12-05-14 terapia de ortóptica.
- 11-06-14 Evaluación de optómetra Mireya Ferreira quien encuentra Diplopía homónima, la cual aumenta en dextroversión.
- 28-07-14 Evaluación del oftalmólogo Dr Jose Luis Navia, quien hace anotación que la paciente presenta limitación de la abducción del ojo derecho y solicita valoración de optometría
- 11-08-14 evaluada por el Dr Ricardo Pinzón, médico oftalmólogo estrabólogo en Manizales, quien refiere que a los 23 años fue operada por exodesviación del ojo derecho. Hace dos años le informan que requiere nueva cirugía de estrabismo, remiten a ortóptica, no le recomiendan cirugía. En febrero de 2014 le realizan nueva cirugía y la paciente refiere no estar de acuerdo con el resultado de la nueva cirugía, refiere verse desviado hacia adentro el ojo derecho.

Al examen físico se encuentra

a) Biometría: ojo derecho: cicatriz en conjuntiva nasal, leve hiperemia conjuntival, córnea clara.

b) Examen estrabiológico, presenta posición compensadora de la cabeza con giro a la derecha, ojo preferente izquierdo, leve endotropia de 14DP de lejos e hipotropia de 12 dp en ojo derecho. Cerca: endotropia de 14 dp e hipotropia de 12 dp en ojo derecho.

c) Movimientos extraoculares: ojo derecho: limitación del recto lateral de -2, limitación de mirada hacia abajo y afuera de -2, test de ducción forzada positivo ++ para el recto medial del ojo derecho

d) Análisis: ... se considera que no se debe utilizar toxina botulínica para su actual estrabismo y recomienda nueva cirugía. Retroinserción del recto medial ojo derecho.

- 8-09-14 Evaluación del oftalmólogo Dr Jose Luis Navia, quien hace diagnóstico de Estrabismo concomitante convergente y estrabismo paralítico. Refiere en la historia clínica que es evaluado por el Dr Pinzón en Manizales. En el análisis se anota que la paciente debe ser reintervenida utilizando técnica de suturas ajustables con anestesia tópica El caso actual consiste en un proceso de cicatrización excesiva en conjuntiva nasal de ojo derecho. Se solicita evaluación de estrabología para manejo integral.

- 11-08-14 orden de Cafesalud 122118750 para evaluación por Estrabología.

- Seguidamente el 21 de mayo de 2018, según valoración de oftalmología la paciente **MARIA DINELY LÓPEZ GÓMEZ** refiere que ocasionalmente se le desvían los ojos y ve doble también ocasionalmente, al examen físico realizado por oftalmología presente la paciente limitación para la abducción en ojo derecho y se le explica que no se le ofrece procedimiento quirúrgico por el riesgo alto de reaparición o empeoramiento de la diplopía, se le explica a la paciente que de realizarle un nuevo procedimiento puede generar diplopía permanente.

SITUACION PRE QUIRURGICA:

El presente caso se debe observar la falla de la prestación del servicio médico desde el punto de vista funcional y desde el punto de vista estético.

Previo al año 2003, la usuaria tenía un estrabismo que le impedía la denominada posición primaria de mirada.

Es indicativo de cirugía cuando se presenta dificultad para la acomodación de la visión y/o cuando se presenta componente estético.

En el 2003 se le realiza cirugía de estrabismo en el Hospital San Juan de Dios.

Posterior a lo mismo, se encuentran evaluaciones de oftalmología, ortóptica y optometría que encuentra recidiva del estrabismo y recomienda nueva cirugía. Es de anotar que la indicación quirúrgica es dada por los oftalmólogos.

No hay anotaciones de diplopía ni por la paciente, ni por los especialistas tratantes.

SITUACION POS QUIRURGICA:

En la historia clínica dada posterior a la cirugía del 20 de febrero de 2014, donde aparecen firmas de varios especialistas que hicieron parte del acto médico.

El objetivo de corregir el estrabismo recidivante no solo no se logró, sino que se presenta un nuevo evento que no se tenía antes de la cirugía y que consiste en una diplopía.

Según la literatura médica la presencia de diplopía en el postoperatorio de estrabismo en pacientes adultos que no presentaban este signo previamente, es una complicación importante aunque es poco frecuente y en la mayoría de los casos desaparece. Resulta más difícil de solucionar en los casos en que la desviación cambia de dirección en el postoperatorio, por ejemplo, la desviación era convergente en el preoperatorio y divergente en el postoperatorio, ya que el paciente en edad adulta no puede suprimir. Si la diplopía no desaparece el tratamiento consistirá en reintervenir para dejar el ángulo de desviación en la misma dirección que estaba antes de la cirugía.

Conforme a la historia clínica de la paciente el 21 de mayo de 2018, según valoración de oftalmología, refiere la señora **MARIA DILENY LOPEZ GOMEZ** que ocasionalmente se le desvían los ojos y ve doble, al examen físico realizado por oftalmología presente la paciente limitación para la abducción en ojo derecho y se le explica que no se le ofrece procedimiento quirúrgico por el riesgo alto de reaparición o empeoramiento de la diplopía, se le explica a la paciente que de realizarle un nuevo procedimiento puede generar diplopía permanente.

Como se evidencia en la Historia Clínica aportada por Psiquiatría la paciente presenta un diagnóstico de Depresión Moderada generando cambios en el estado de ánimo posteriores a la cirugía efectuada en el mes de febrero de 2014, donde ella percibe que su imagen corporal está afectando la relación con su pareja y la llevan a su asilamiento social.

CONCLUSIONES:

1. Existía indicación quirúrgica para la corrección de estrabismo, en el año 2003, realizada en el Hospital San Juan de Dios.
2. Existieron evaluaciones de oftalmología, optometría y ortóptica en el año 2013 y 2014 que encontraron y concluyeron estrabismo recidivante.
3. La optómetra Mireya Ferreira hace anotación interrogada (?) de indicación quirúrgica de la corrección del estrabismo recidivante. Ordena terapias de ortóptica. La evaluación de ortóptica, Dra Claudia María Agudelo, confirma medidas de estrabismo.
4. Se hace claridad que la decisión del procedimiento quirúrgico corresponde al médico oftalmólogo, como el único que tiene la capacitación y habilitación para realizar estos procedimientos. Lo anterior indica que las anotaciones dadas por optometría y ortóptica sobre la realización o no de un procedimiento quirúrgico, no dejan de ser una recomendación para ser definida por los médicos.
5. La sintomatología actual, de diplopía no la tenía antes de ingresar al segundo procedimiento quirúrgico menos la endotropía, lo cual indica que se deja como una complicación posquirúrgica extraordinaria o no inherente al riesgo o procedimiento.
6. El procedimiento de la cirugía de corrección de estrabismo en el 2014 no cumplió su objetivo y se queda una complicación final de endotropía y diplopía, la cual es permanente y no puede ser reintervenida nuevamente por su gravedad.

Teniendo en cuenta las conclusiones esgrimidas por esta parte, así mismo no sobra señalar que en el asunto bajo estudio, se prueban los elementos de toda acción resarcitoria, por cuanto se nutre de la misma

premisa, según la cual cuando se ha infligido daño a una persona nace el deber indemnizatorio. De allí que los agentes involucrados en la prestación del servicio de salud no están exentos de tal compromiso, al igual que acontece en otros eventos configuradores de los presupuestos para reconocer perjuicios, si en desarrollo de esa actividad, ya sea por negligencia, impericia, imprudencia o violación a su reglamentación, afecta negativamente a los pacientes, siempre y cuando la víctima acredite los restantes elementos de la responsabilidad, Por lo mismo, la prosperidad de una acción resarcitoria de dicho linaje, debe partir de la base de acreditar la concurrencia de un perjuicio, de una culpa y del nexo causal entre los dos anteriores.

En el plenario es claro que no existió un consentimiento informado claro no solo de los riesgos inherentes del tratamiento al que se sometió la demandante, sino de los riesgos no previsibles producto de la intervención quirúrgica a la que fue sometida, en dicho entendido es claro que la conclusión teleológica que llevó al A-quo a desestimar las pretensiones de la demanda, fueron equívocos, lo que da a inferir una valoración indebida de los medios probatorios.

Con fundamento a lo aquí expuesto, Solicito;

CAPITULO II. PRETENSIONES:

2.1. Solicito sea revocada en todas sus partes la sentencia de fecha de fecha 24 de julio de 2024 por el **JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE ARMENIA, QUINDIO.**

2.2. Como consecuencia de lo anterior, solicito se acceda a la totalidad de las pretensiones de la demanda.

2.3. Solicito del despacho de encontrarlo y antes de estudiar este Recurso de Alzada de considerarlo procedente declare la nulidad procesal en este proceso establecida en el Numeral 5 del Art. 133 del C.G.P.

2.4. Como consecuencia de lo anterior y declarada la nulidad procesal en mención, solicito declarar la nulidad de las actuaciones procesales a partir del auto de 01 de noviembre de 2023.

2.5. De no proceder el estudio de la nulidad procesal planteada, solicito que resuelta la alzada propuesta por la parte demandante se condene en costas a la parte demandada.

Atentamente,



JOSE OCTAVIO LEON MORENO
C.C. 89.005.132 de Armenia - Q
T.P. 249.106 del Consejo Superior de la Judicatura