

REPUBLICA DE COLOMBIA
Juzgado 016 Civil del Circuito de Cali
LISTADO TRASLADO

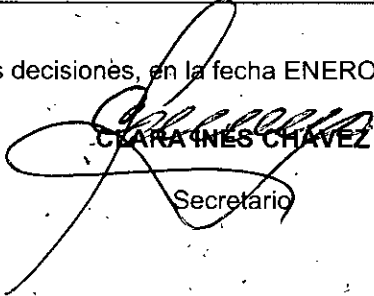
Informe de traslado correspondiente a:ENERO-19-2021

TRASLADO No. 001

Radicación	Clase de Proceso	Demandante	Demandado	Desc. Actuacion	Fecha Registro	Folio	Cuaderno
76001310301520160026700	Verbal	SANDRA LORENA CAMACHO MOSQUERA	CLINICA FARALLONES S.A.	Traslado C.G.P 3 Días OBS. TRASLADO # 001 SE FIJA EL 19 DE ENERO DE 2021. RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA EL AUTO DE FECHA 9 DE DICIEMBRE DE 2020 (FL. 938,ss)	18/01/2021	951-952	1-B
76001310301620180023100	Verbal	ZAQUILLY CAMACHO MORALES	SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD SOS EPS	Traslado C.G.P 3 Días OBS. TRASLADO # 001 SE FIJA EL 19 DE ENERO DE 2021 RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA EL AUTO DE 15 DE DICIEMBRE DE 2020 (Fl.861,ss).	18/01/2021	865-900	1-B
76001310301620190018900	Verbal	CONJUNTO RESIDENCIAL LOMBARDIA CLUB HOUSE PROPIEDAD HORIZONTAL	CONSTRUCTORA HABITECK S.A.S.	Traslado C.G.P 3 Días OBS. TRASLADO # 001 SE FIJA EL 19 DE ENERO DE 2021 RECURSO DE APELACIÓN CONTRA EL AUTO DE FECHA 14 DE DICIEMBRE DE 2020 (FL. 565,ss)	18/01/2021	567-571	1

Numero de registros:3

Para notificar a quienes no lo han hecho en forma personal de las anteriores decisiones, en la fecha ENERO-19-2021 y a a la hora de las 7:00 a.m. se fija el presente TRASLADO por el término legal de un (1) día y se defija en la misma a las 4:00 p.m.


CLARA INES CHAVEZ
Secretario

2018-00231 Zaquilly Camacho vs Comfandi y otros. RECURSO DE REPOSICION Y SUBSIDIARIO APELACION AUTO NIEGA PRUEBA PERICIAL E INVIERTE CARGA DE LA PRUEBA

Harold Aristizabal <harold.aristizabal@conava.net>

Mié 13/01/2021 15:39

Para: Juzgado 16 Civil Circuito - Valle Del Cauca - Cali <j16ccali@cendoj.ramajudicial.gov.co>

CC: Michael Andre Arango Bedoya <notificacionesjudiciales@sos.com.co>; lfelipegg@gmail.com <lfelipegg@gmail.com>;

jorgegiraldoabogado@gmail.com <jorgegiraldoabogado@gmail.com>; amquiroya <amquiroya@sos.com.co>;

notificacioneslegales.co@chubb.com <notificacioneslegales.co@chubb.com>; notificacionesjudiciales

<notificacionesjudiciales@comfandi.com.co>

3 archivos adjuntos (2 MB)

j16CCC 2018-00231 Zaquilly Camacho vs Comfandi y O.pdf; Exp. 4430. Juzgado16 Civil Cto Cali. Rad. 2018-00231. Dte. Zaquilly Camacho. Ddo. Comfandi. Dictamen Pericial.pdf; Exp. 4430. Juzgado16 Civil Cto Cali. Rad. 2018-00231. Dte. Zaquilly Camacho. Ddo. Comfandi. Auto 15 dic 2020.pdf;

Señor:

Juez 16 Civil del Circuito de Cali

E. S. M.

Ref: 2018-00231 RECURSO DE REPOSICION Y SUBSIDIARIO APELACION AUTO NIEGA PRUEBA PERICIAL E INVIERTE CARGA DE LA PRUEBA

Zaquilly Camacho vs Comfandi y otros.

Cordial saludo.

Señor Juez, adjunto encontrara Recurso de Reposición y Subsidiario de Apelación auto que niega prueba pericial y Reposición auto invierte carga de la prueba.

Sinceramente.,

Harold Aristizabal Marin

TP. 41291-CSJ

CC.16.678.028 Cali

Harold.aristizabal@conava.net

HAROLD ARISTIZÁBAL MARÍN

Director General

CÉL: +57 315 401 22 01

EMAIL: ham.conava@gmail.com - conava@conava.net

PBX: +57 - 2 488 09 99 FAX: +57 - 2 893 31 77 / 893 32 31

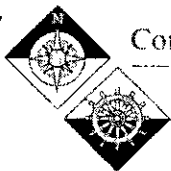
Carrera 3A Oeste No. 2 - 43 Barrio "El peñón"

Código Postal 760044

Santiago de Cali - Colombia



Consorcio Aristizábal Velásquez
Abogados Ltda.



Consorcio Aristizabal Velásquez
Abogados Ltda.

Señor Doctor
Helver Bonilla Aragón
Juez Dieciséis (16) Civil de Circuito oral de Cali
E. S. M.

REF: 2018-00231-00

Demandante: ZAQUILLY CAMACHO y O.

Demandados: COMFANDI y O.

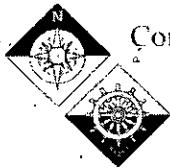
Del Señor Juez,

HAROLD ARISTIZABAL MARIN, mayor y vecino de Cali, identificado como aparece en autos, en mi condición de apoderado de Comfandi dentro del proceso de la referencia, hallándome dentro del término legal, me permito interponer **Recurso de Reposición y en subsidio de apelación frente a la negación de la prueba pericial allegada, y de Reposición frente a la Inversión de la Carga de la Prueba** contenido en el auto notificado el 18 de diciembre de 2020, en virtud de las siguientes consideraciones:

- **Recurso frente a la negación de la prueba pericial allegada (art. 321 #3)**

El titular del despacho negó tener como prueba pericial el documento allegado argumentando para ello que se omitió cuestiones de ley fundamentales para *apreciarse* como prueba el dictamen de parte rendido por el par en ginecobstetricia Fernando Zuluaga Aristizabal (Art. 226 y ss

Carrera 3 A Oeste No. 2-43 El Peñón
PBX (57) (092) 488 0999 Tel: (57) (092) 893 3177 - 893 3231 Fax: 8922106
Email RNA : harold.aristizabal@conava.net
Email: conava@conava.net
Email: ham.conava@gmail.com
Santiago de Cali - Colombia



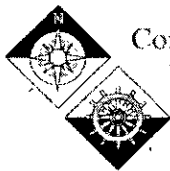
Consorcio Aristizabal Velásquez
Abogados Ltda.

CGP) como consta en el documento declarativo (244) autentico (262) aportado. Delanteramente debo indicar que el señor juez confunde los requisitos mínimos del contenido del dictamen aportado por una de las partes, con los requisitos para que la prueba sea válidamente incorporada al proceso. Es claro que la prueba pericial para que sea incorporada válidamente al proceso tiene como único requisito, que sea aportada con la demanda, en su contestación o dentro del término otorgado por el juez cuando se anuncia que será aportada conforme el artículo 227 del CGP, Es decir este es un requisito para que la prueba sea incorporada al proceso.

Cosa diferente son los requisitos mínimos a tener presente para su valoración respecto de la verdad que presenta por parte del perito en la prueba pericial; esto, son estos precisamente los establecidos en el artículo 226 del CGP, sin embargo este mismo artículo diferencia *requisito de valoración* con *requisitos de información*, a manera de ejemplo, el perito debe relacionar y adjuntar los documentos e información utilizados para la elaboración del dictamen, pero no adjunta la HC con la que hizo la pericia porque la misma ya está en el proceso, ¿será que por no hacerlo no se puede incorporar el dictamen al proceso como prueba valida?, o si el perito ¿no aporta publicaciones relacionadas con la materia del peritaje que el haya realizado en los últimos diez (10) será que por esa razón la prueba no puede ser incorporada al proceso?

La repuesta es que estos requisitos son de valoración de la prueba conforme la sana critica mas *no requisitos de validez* para su incorporación al proceso como prueba pericial.

En este orden de ideas es claro que la prueba pericial aportada por esta parte, de manera oportuna al contestar la demanda y rendida por el Dr. Fernando Zuluaga Aristizabal, puede ser válidamente incorporada al proceso, y en gracia de discusión en la medida que no se cumplan los requisitos del artículo 226 del CGP, este incumplimiento podía ser superado dentro de un régimen garantista ordenando su ajuste y en defecto de ello



Consorcio Aristizábal Velásquez
Abogados Ltda.

debe ser tenido presente por el juez respecto de su valor probatorio vs lo que se pretende probar, es decir respecto de la credibilidad del contenido de la verdad presentada por el perito ante el Juez.

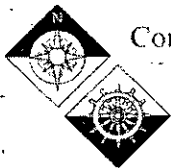
Al no reconocerle ningún valor probatorio, se observa igualmente que le desconoció que tiene la naturaleza de documento privado, que como tal debe ser valorado, lo cual no le priva de toda fuerza, pues deberán apreciarse los datos objetivos contenidos en el mismo, en particular, cuando refleja hechos contrastables.

No obstante, el reparo inicial principal, procedo igualmente de persistir el debate jurídico a hacer los reparos puntuales de la negación de la prueba pericial, para lo cual se hace necesario examinar cada una de las consideraciones respecto de los *requisitos de forma de información* con base en las cuales el titular del despacho opto por la drástica determinación.

1. No explicó los exámenes métodos, experimentos e investigaciones efectuados.

Debemos precisar que la metodología aplicada dentro del proceso de investigación de una disciplina de conocimiento como la medicina, ciencia fáctica, no formal ni exacta como es el caso de las matemáticas. Al ser fáctica se refiere a hechos que se suponen ocurren en el mundo, y consiguientemente, tienen que apelar a la experiencia para contrastar sus fórmulas. A La ginecobstetricia en particular como una de las disciplinas de la medicina, le corresponde la técnica, métodos y procedimientos que se siguen en la práctica habitual de esta, ya que el método científico es un modo de tratar problemas intelectuales, no cosas, ni hombres¹. A través de esta se orienta la manera de hacer el enfoque científico y la forma en que

¹ La investigación científica. Mario Bunge. Siglo XXI, 5ª Reimpresión pág. 19



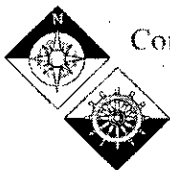
Consorcio Aristizábal Velásquez
Abogados Ltda.

se recolecta, analiza y clasifican los datos, con el objetivo de que su resultado tenga validez y pertinencia, cumpliendo con los estándares de exigencia científica.

Para tal fin el Dr. Zuluaga en su informe expone congruentemente la correlación entre los extremos propuestos en el dictamen pericial y las máximas de la experiencia y las conclusiones aportadas, indicando que, para el caso en materia, tuvo a disposición la historia clínica de la paciente Zaquilly Camacho Morales y la demanda formulada. Explicando que, para rendir el dictamen pericial, "Los conceptos que en este documento expongo al responder el cuestionario asignado, son producto de un análisis cuidadoso del caso con las herramientas derivadas de mi formación como Ginecobstetra, mi experiencia en el ejercicio de mas de 38 años, así como en la docencia de pregrado y postgrado y la información de la historia clínica con la que dispongo".

Ello permite inferir que lo que el perito ginecobstetra nos esta indicando es que, con soporte en historia clínica y documentos aportados, adicional a su experiencia y conocimiento, en la Lex Artis, protocolos de manejo de las condiciones propias del caso particular, resolvió el cuestionario a el presentado por la parte demandada. Ello también permite inferir que el método utilizado por el perito no es diferente a los realizados en trabajo pericial anterior, ni diferente de su práctica profesional como docente en ginecobstetricia y como ginecobstetra en su práctica diaria. Pues precisemos que dada la clara dicotomía entre ciencia formal y ciencia fáctica no debe ocultarnos el hecho de que el *conocimiento conceptual* de cualquier genero (a diferencia de los hábitos, las habilidades y otros tipos de conocimiento no conceptual) consisten en ideas.² Por tanto la metodología

² Ob. Citada pág. 20



Consorcio Aristizábal Velásquez

Abogados Ltda.

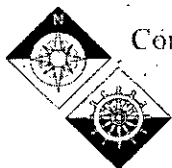
867

utilizada por el perito corresponde al modo recomendado, pues partiendo de la revisión documental respondió los interrogantes planteados refiriéndose al caso particular con referencia al manejo medico desplegado, de tal forma que se revisó la practica implementada a la luz del saber dispuesto por su especialidad y experiencia. Luego si explico la metodología aplicada al caso en estudio.

2. No indico los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones.

En consonancia con la condición anterior, debemos señalar que los fundamentos de carácter medico en ginecobstetricia, sobre el particular corresponde a las bases en que se apoyó el perito al rendir su dictamen; para ello el par en ginecobstetricia Dr. Zuluaga cumplió con dicha tarea al citar e identificar las **fuentes bibliográficas** que soportan todas sus conclusiones a las que llega al responder cada una de sus respuestas, utilizando el conocimiento disponible, basado en la literatura científica contrastada y producida a la luz del conocimiento ilustrado de la ginecobstetricia. Fuentes que resultan de fácil consulta, dado que la relación de *literatura científica* en que se cimentara para soportar sus conclusiones aparece registrada en su informe, siendo posible realizar el contraste de la misma con relación a la historia clínica y la demanda y las respuestas dadas por el perito a cada una de las inquietudes formuladas, que como lo afirma el perito sin prejuicios, solo *"derivados de un afán genuino de contribuir a que se llegue a la verdad y con el animo imparcial que siempre ha regido los actos de su vida."*

Existe en consecuencia una justificación teórica en la bibliografía dispuesta a soportar sus conclusiones. Luego, si indico los fundamentos técnicos.



Consorcio Aristizábal Velásquez
Abogados Ltda.

3. Certificados de la experiencia profesional del experto.

El perito Dr. Fernando Zuluaga Aristizábal acompañó con el dictamen documentos que certifican y dan fe de que es verdaderamente Médico y Cirujano de la Universidad del Valle (Desde el año 1975) y Médico especialista en Ginecología y Obstetricia de la Universidad del Valle (desde el año de 1981), luego con tales documentos que lo habilitan para ejercer su profesión como ginecobstetra se está certificando además su formación académica que lo acreditan y lo habilitan como idóneo para la evaluación pericial designada. Adicionalmente acompaña su hoja de vida en que indica bajo la gravedad del juramento que se entiende suscrita al firmar el documento que contiene el dictamen y la hoja de vida también firmada por el que dan fe de su formación como *"medico ginecobstetra con experiencia docente y administrativa. Habilidades y practica extensa en cirugía ginecológica y urgencias obstétricas. Interesado en desarrollar la practica Gineco-obstétrica y la cirugía ginecológica en la cual tiene amplia experiencia y gran habilidad demostrable"*. Destaca para ello bajo juramento su experiencia laboral indicando su trayectoria y curriculum vitae profesional así:

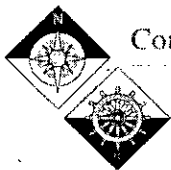
Desde 1981 a 1985 como ginecobstetra de planta en el Hospital San Vicente de Paul.

Desde 1990 a 1997 como ginecobstetra en la Secretaria de Salud Municipal de Cali

Desde mayo de 1991 hasta octubre de 2012 obstetra de planta del Hospital San Juan de Dios. Y gerente del servicio de obstetricia durante 3 años.

Desde junio 1981 a febrero de 1989 y desde 2008 a enero de 2018 como docente en ginecobstetricia de la Facultad de Medicina de la Universidad Libre.

Carrera 3 A Oeste No. 2-43 El Peñón
PBX (57) (092) 488 0999 Tel.: (57) (092) 893 3177 - 893 3231 Fax: 8922106
Email RNA :harold.aristizabal@conava.net
Email: conava@conava.net
Email: ham.conava@gmail.com
Santiago de Cali - Colombia



Consorcio Aristizábal Velásquez
Abogados Ltda.

Su hoja de vida también registra diversos cursos de actualización medica en ginecobstetricia.

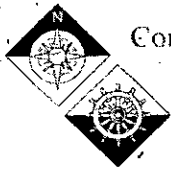
En la actualidad cuenta con su consultorio particular como ginecobstetra en la Clínica Farallones Calle 9C #50-25 Of. 602 que pueden ser consultadas en cualquiera de las paginas medicas de Cali en Internet.

Se trata pues de un experto que posee las habilidades específicas y reglas de experiencia específicas aplicadas como ginecobstetra con praxis cotidiana que nos habla de 38 años, circunstancias que dotan a su dictamen de cualidades muy relevantes a la hora de emitir su opinión y que ha tenido la capacidad de explicarla en términos adecuados en el dictamen escrito aportado al proceso y que tiene la disposición y preparación necesaria para sostener dicha opinión en una audiencia en la que será interrogado, si es el caso por determinación del titular del despacho o a solicitud de la contraparte. Luego si este certificado como experto.

4. No indica casos en que ha sido designado como perito.

Si se repara en el perfil profesional del perito, se podrá identificar que el perito Dr. Zuluaga indica que *"he realizado antes dictamen pericial al Dr. Harold Aristizabal Marin y Comfandi Rad. 2019-00166 Juzgado 5 civil del circuito demandante Margoth Eda Campo"*. Luego, el perito como ginecobstetra individualizo claramente el despacho judicial, las partes y el abogado a quien le rindió el dictamen, por lo tanto, si hizo la indicación conforme el art. 226 #5. Afirmación que se entiende prestada bajo juramento.

5. No indicar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones son diferentes respecto de los que ha utilizado en peritajes rendido en anteriores



Consorcio Aristizábal Velásquez
Abogados Ltda.

procesos que versen sobre la misma materia. En caso de ser diferentes explicar la justificación de la diferencia.

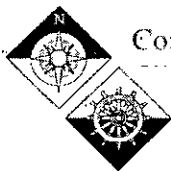
Se puede deducir, del hecho de haberse indicado la metodología aplicada al caso y los fundamentos científicos que la soportan, como se explicó al dar sustento en los numerales 1 y 2 de este documento, que no habiendo diferencia frente al rendido previamente, *no era necesario hacer una justificación.*

6. No indicar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones son diferentes respecto de aquellos que utiliza en el ejercicio regular de su profesión. En caso de ser diferentes explicar la justificación de la diferencia.

Se puede deducir, del hecho de haberse indicado la metodología aplicada al caso y los fundamentos científicos que la soportan, como se explicó al dar sustento en los numerales 1 y 2 de este documento, que no habiendo diferencia frente al ejercicio cotidiano, *no era necesario hacer una justificación.* En procesos de responsabilidad profesional médica, se pauta el seguimiento y evolución de la enfermedad por un medico especialista, y el empleo de una determinada técnica en el proceso operatorio conforme la *lex artis*.

7. Relacionar y adjuntar los documentos e información utilizados para la elaboración del dictamen.

No es necesario dado que tanto la historia clínica como la demanda ya obran en el proceso, en tal condición aparecen ya relacionados en el dictamen y adjuntados con antelación, haciendo parte de la comunidad de prueba.

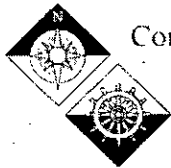


Consorcio Aristizábal Velásquez
Abogados Ltda.

869

Acudimos finalmente y subsidiariamente en caso de persistir alguna discrepancia frente a las consideraciones del titular del despacho al *principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal* estipulado en la Constitución Política en su artículo 228 que propende porque las normas procesales sean el medio que permita concretar o efectivizar los derechos sustanciales de los administrados., ello con el fin de garantizar el acceso a la administración de justicia (Art. 2 CGP como reiteración del artículo 229 de la C.N.) y el debido proceso. Al igual que la regla 11 del CGP que dispone la interpretación de la ley procesal como conector de los derechos reconocidos en la ley sustancial, inclusive, explica que en caso de duda, la aclaración debe brotar garantizando, entre otros, el derecho fundamental a la defensa. Lo importante es garantizar la tutela judicial efectiva y así, en el caso concreto, si para el titular del despacho no fue suficiente el cumplimiento de ciertos requisitos contemplados en la norma procesal, lo correcto no es en forma inflexible rechazar la prueba que oportunamente la parte está aportando, pues el juez tiene el deber, incluso, de corregir o sanear situaciones procedimentales que considere, deben adecuarse bajo el respeto del derecho de contradicción, como lo establece el numeral 5° de la regla 42 del CGP.

Estimamos en consecuencia que el dictamen pericial aportado, corresponde a una opinión ilustrada, fundada y contrastable y cumple con los requisitos del Código General del Proceso y servirá para asumir, si es del caso la carga de la prueba que su señoría dispuso de no modificar su criterio y también, para fundamentar nuestra defensa materializada en el escrito de contestación de demanda. Luego admitida la prueba el juez podrá ventilar, ponderar y verificar con todo el material probatorio si el perito utilizó el conocimiento científico actualizado y contrastado sobre la materia objeto del



Consorcio Aristizábal Velásquez
Abogados Ltda.

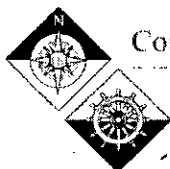
peritaje, y si ha seguido los protocolos científicos comúnmente admitidos en la materia objeto de pericia.

• Reposición frente a la Inversión de la Carga de la Prueba

El titular del Despacho estima que le queda más fácil probar a los demandados, porque son expertos en prestación de servicios profesionales en salud, porque atendieron medicamente en sus instalaciones a la parte actora y porque tienen en su poder la historia clínica de él, en resumen, por tener mejor posición para probar. Con lo que decidió imponer a los demandados que pruebe que la atención medica y asistencial y de otro tipo que prodigaron fue adecuada y oportuna. Para lo cual con esta nueva regla de juego probatorio concede 10 días para solicitar o aportar pruebas adicionales.

Sin embargo, la tesis que así pretende edificar el titular del despacho de *principio de facilidad y disponibilidad* per se no suponen la inversión automática de la carga de la prueba. Sea lo primero señalar que en los casos de responsabilidad médica, no es posible exonerar a la parte actora-paciente de una mínima diligencia probatoria cuando asiste a juicio pasivamente y predicar que en todo caso existe dificultad del paciente de aportar pruebas requeridas para patentizar el nexo de causalidad y/o el título de atribución subjetiva del daño, pues bien pudo acudir a la practica de un dictamen pericial, y no es de recibo que por el hecho de ser las instituciones de salud quienes están llamados a cumplir con la custodia de la historia clínica conforme lo reglamenta la resolución 1995 de 1999, se afirme que sea procedente invertir la carga de la prueba, por este hecho pues esta visto el paciente pudo acceder a la misma y obtuvo copias en cada una de las

Carrera 3 A Oeste No. 2-43 El Peñón
PBX (57) (092) 488 0999 Tel: (57) (092) 893 3177 - 893 3231 Fax: 8922106
Email RNA :harold.aristizabal@conava.net
Email: conava@conava.net
Email: ham.conava@gmail.com
Santiago de Cali - Colombia

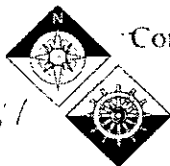


Consorcio Aristizábal Velásquez
Abogados Ltda.

870

instituciones de salud aportándola con la demanda, como consta en los numerales 25 y 26 de las pruebas documentales y anexos de la demanda. No existiendo obstrucción por parte de los demandados hacia su paciente para *disponer* de la historia clínica y a partir de la misma proponer dictamen u otro medio probatorio que estimara pertinente el paciente-actor. Pudiendo en todo caso tanto paciente como medico disponer de expertos que interpreten y analicen las actuaciones efectuadas por los tratantes, por lo que acudir a invertir la carga de la prueba es caer en una falsa panacea, pretendiéndose desconocer las reglas generales de la prueba en este caso, bajo el dogma de la proximidad de la prueba, cuando está visto que en este caso no existe una exclusividad de disposición sobre un medio probatorio de interés para el litigio, pues está visto también que el actor-paciente puede acceder a un par experto en prestación de servicios profesionales en salud. Acudiendo en todo caso con la posibilidad de igualdad de armas, y resultándoles por igual a ambas partes la facilidad de demostrar aquello que debe ser probado. Maxime en tratándose de obligaciones de medio y no de resultado como tanto la doctrina, jurisprudencia y la ley han reconocido la actividad medica en general, no siendo calificada de correcta o no por el resultado final, sino por la diligencia empleada. La obligación del médico no es curar, sino poner todos los medios y pericia profesional en procura de sanar, de acuerdo con el estado de la ciencia y conforme los cánones médicos. Y tampoco se puede catalogar el daño como desproporcionado, por mas que en la practica lo parezca, cuando hay una causa que explica el resultado.

Hoy por hoy sigue vigente la regla general de la prueba de las obligaciones dispuesto en el articulo 1757 del Código Civil **"Incumbe probar las obligaciones al que alega aquellas o estas."** Norma sustantiva con ámbito de aplicación mucho mas amplio indudablemente procesal. Lo que a



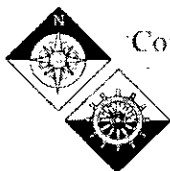
Consorcio Aristizábal Velásquez
Abogados Ltda.

lo largo de estas centurias de vigencia del Código civil se entiende como principio general de que en materia de responsabilidad civil corresponde al perjudicado la carga de la prueba del daño, de la causa y de la culpa, en cuanto elementos constitutivos de la acción.

Esta parte entiende que la justificación del despacho para ordenar la inversión probatoria resulta en teoría razonable en cuanto hace referencia a la cercanía con el material probatorio, por las circunstancias técnicas y la intervención directa en los hechos que ocupan la atención del despacho. Sin embargo, resulta cuestionable es que dicha finalidad se persiga mediante la inversión de la carga de la prueba como manifestación de la distribución dinámica o flexibilización de la carga de la prueba. Cuando esta visto como advertíamos en el párrafo inicial, que la parte demandante no le resulta imposible o extraordinariamente difícil hacerlo mediante la practica de un dictamen pericial. Siendo este asunto materia del ámbito de la valoración de la prueba, más que en relación a la distribución de la misma.³

En efecto, esto implica que si la parte que esta "próxima" a la prueba, pero que no le corresponde la carga- no satisface la carga que le viene impuesta por el juez- p. ej., porque no posee la prueba en cuestión, será derrotada en el juicio independientemente de cualquier otra consideración, y al mismo tiempo se determina la victoria de la contraparte, que habría tenido la carga de probar el hecho, pero no lo ha probado. En esencia, por tanto, la inversión de la carga de la prueba, que debería afectar a la parte "próxima" a la prueba independientemente de su posición en el proceso, no parece ser el medio mas adecuado tanto para garantizar que todas las pruebas relevantes sean incorporadas al juicio como para que la decisión

³ La inversión de la Carga de la prueba de la culpa en la responsabilidad extracontractual: el fin de un "principio".
Ma. Luisa Arcos Vieira. Thomson Reuters Arazandi 2018. Pagina. 29



Consorcio Aristizábal Velásquez
Abogados Ltda.

se fundamente sobre la correcta determinación, positiva o negativa, de los hechos relevantes del caso.⁴

En este mismo sentido señala el tratadista internacional M. Taruffo: *"Por tanto, se puede decir que la carga de la prueba, más allá de las formas individualistas en las que usualmente se regula y describe, desempeña una función epistémica fundamental, dirigida a garantizar que la decisión final se base en una determinación verdadera de los hechos principales de la causa. Sin embargo, la función publicista fundamental de la carga de la prueba consiste especialmente en establecer un criterio según el cual el juez deberá alcanzar la decisión final incluso en ausencia de la prueba de tales hechos."*⁵

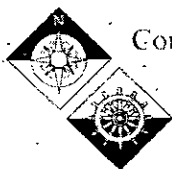
Este mismo tratadista señala ilustrándonos con relación al **principio de adquisición de la prueba** : *"si existe prueba relevante para el establecimiento de un hecho, esta puede -y debe- ser tomada en cuenta por el juez, independientemente de su origen, ya sea que haya sido presentada por la parte que tenía la carga, o bien que hay provenido de la otra parte o un tercero, y también -finalmente- cuando su presentación haya sido dispuesta de oficio por el juez."*⁶

De ello se deriva la consecuencia de que únicamente se puede hablar de carga de la prueba en sentido objetivo, ya que la carga solo encuentra aplicación en la decisión final, y constituye la *regla de juicio* que el juez debe aplicar en esa decisión. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que se utiliza en el evento que un hecho relevante *no resulta probado*, y establece como consecuencia la derrota de la parte que había invocado ese hecho como

⁴ Contra la Carga de la Prueba. Casi una introducción. Michele Taruffo. Pagina 15. Marcial Pons. Madrid. 2019.

⁵ Contra la Carga de la Prueba. M. Taruffo. Pagina 16.

⁶ Ob. Citada pag. 17.



Consorcio Aristizábal Velásquez
Abogados Ltda.

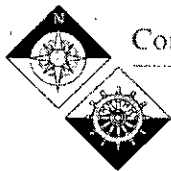
fundamento de su demanda o de su excepción. Entonces se puede observar que la regla sobre la carga de la prueba opera en realidad como una *norma de reenvío*: en efecto, esta no señala que hechos deben ser probados por el actor y cuales, por el demandado, ya que esta determinación solo puede hacerse con referencia a la *norma sustantiva* cuya aplicación se propone en el caso concreto. De hecho, a partir de la norma sustantiva se determina cuales son los hechos constitutivos del derecho invocado por el actor y cuales los que sustentan las excepciones propuestas por el demandado, de modo que como consecuencia de esta determinación -en caso de que estos hechos no resulten probados- se produce la derrota de una u otra parte.⁷

Luego la carga de la prueba no tiene una dimensión subjetiva, la idea misma de una "carga objetiva" parece esencialmente en sentido metafórico un oxímoron.⁸ En efecto, no se puede negar que la misma idea fundamental de una carga en el contexto del proceso está conectada -mas o menos claramente- a una concepción del proceso como una disputa entre partes individuales, de modo que la carga serviría como un criterio para resolver la controversia "entre las partes". Esta concepción del proceso y de la decisión que le pone termino no parece valida, ya que se puede sostener que la función fundamental del proceso y de la decisión que concluye consiste sobre todo en la correcta aplicación del derecho a los hechos del caso específico.

En este sentido podemos estar de acuerdo acerca de la necesidad de "maximizar el peso probatorio" como un instrumento para obtener la mejor justificación epistémica de la decisión sobre los hechos, pero el punto que

⁷ Ob: Cit. Pag-18.

⁸ Oxímoron: es una figura literaria que consiste en combinar dos expresiones de significado opuesto en una misma estructura, con el objetivo de generar un tercer concepto con un nuevo sentido.



Consorcio Aristizábal Velásquez
Abogados Ltda.

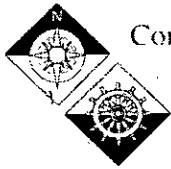
aquí se quiere destacar es que una regla sobre la carga de la prueba no sirve en lo absoluto para alcanzar este propósito.

En efecto, esta claro que cada una de las partes tiene un interés evidente en servirse de todas las pruebas relativas a los hechos en los que sustentan sus demandas y excepciones, y este interés parece mas que suficiente para motivar sus estrategias probatorias, sin ninguna necesidad de razonar en términos de cargas. Luego es claro que el actor tiene interés en probar la existencia del hecho constitutivo del derecho en el que fundamenta su demanda, toda vez que en ausencia de esta prueba el juez solo podría establecer que ese derecho no existe.

En esta misma línea de criterio jurídico el tratadista catalán Jordi Ferrer Beltrán en el documento **La Carga Dinámica de la Prueba. Entre la confusión y lo innecesario.**⁹ Señala: *"Si aceptamos que cuanto mas rico sea el conjunto de elementos de juicio relevantes de que dispongamos para adoptar una decisión sobre los hechos, mayor será también la probabilidad de acierto, resulta oportuno que nuestros diseños institucionales del proceso introduzcan incentivos para maximizar la aportación de las pruebas relevantes. A ello apunta la teoría de las cargas dinámicas, que, en ese sentido, parecería adecuada para una concepción racionalista de la prueba, en la orbita mas general del particularismo (como teoría de la justificación de las decisiones), del neoconstitucionalismo y, por ello del decisionismo judicial."*¹⁰

⁹Contra la Carga de la Prueba. La Carga Dinámica de la Prueba. Entre la confusión y lo innecesario. Página 53 y s.s.. Marcial Pons. Madrid. 2019.

¹⁰ Obra citada pag. 55



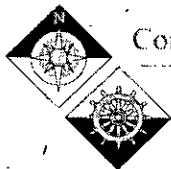
Consorcio Aristizábal Velásquez
Abogados Ltda.

Concepción de moda en Iberoamérica que comparte la idea de desconfianza hacia la labor del legislador y hacia las reglas generales y abstractas supra e infraincluyentes.

Con independencia de este debate, la doctrina (entre otros Hernando Devis Echandia. Teoría general de la prueba judicial, pag. 424) en nuestro ámbito considera que la carga de la prueba tiene dos dimensiones: objetiva (material o directa) y subjetiva (formal o indirecta). Ahora bien, las dos dimensiones de la carga de la prueba expresan reglas distintas (prescripciones y reglas técnicas) dirigidas a sujetos distintos (el juez y las partes) y aplicables a momentos distintos del procedimiento (la fase de decisión y la de aportación de pruebas)¹¹. La objetiva aplicable al juez como regla de juicio ante la duda sobre hechos relevantes para la decisión, pero ello no significa que pueda acudir discrecionalmente a la inversión de la carga probatoria; en tanto que frente a las partes constituye una verdadera carga. Luego en puridad procesal, cuando se aplica reglas flexibles de carga de la prueba, fundado en el supuesto de dificultad probatoria o indefensión de una de las partes, lo que hace es trasladarle a la contraparte en quien recae la prueba del hecho relevante que inicialmente no la tenía atribuida por razón de la regla estática.¹² Lo único indudable es que el juez deberá resolver el juicio pese a las mayores o menores dudas que mantenga sobre los hechos. Y no le vale una posición intermedia, procesalmente un hecho se prueba o no se prueba. Así, si al juez le convencen las afirmaciones efectuadas sobre los mismos, corroboradas mediante la actividad probatoria, los fija como hechos probados. En cambio, si no se queda

¹¹ En este sentido J. Montero Aroca. La Prueba, Madrid 2000.

¹² La Carga de la prueba. Probatio diabólica i. Ramon Escaler Bascompte. Atelier. Barcelona. 2017. Pagina 29.



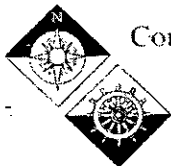
Consorcio Aristizábal Velásquez
Abogados Ltda.

convencido, acude a las reglas de carga para resolver a quien perjudica su falta de prueba.¹³

Se hace entonces necesario revisar la doctrina de la carga dinámica a efecto de evitar algunas confusiones, así:

1. No tiene ningún sentido en todos estos casos duplicar el universo normativo, sosteniendo la pertenencia del derecho de dos reglas, una conceptual o prescriptiva (según los casos) y una regla técnica o carga.
2. La idea de dar cuenta del tipo de "deber" implicado en la pregunta sobre quien "debe" aportar la prueba al procedimiento a partir de la noción de necesidad y de regla técnica, es hoy un resabio histórico sin fundamento.
3. La vigencia del principio de adquisición procesal o de comunidad de la prueba ha acabado con esa situación. Así en virtud de este principio, una vez que las pruebas se aportan al procedimiento importa únicamente lo que de ellas se infiera sobre los hechos a probar, con independencia de quien las haya aportado. De este modo para considerar como probado un hecho se satisface, o no, en función de lo que se infiera del conjunto de las pruebas aportadas al procedimiento (por todas las partes y por el juez, si tiene poderes para allegar pruebas no solicitadas por las partes); luego si por ejemplo un hecho extintivo, cuya carga subjetiva recaería en el demandado puede resultar probado por efecto de pruebas presentadas por el actor (ej. Testimonio del demandante que le resulta útil al demandado, o documentos idem o perito que formula conclusiones distintas a las esperadas por quien lo postulo y a favor de su contraparte), entonces si esto es así, no puede ya sostenerse que, para la parte en quien se hace recaer la carga subjetiva de la prueba, aportar prueba suficiente sobre la ocurrencia del hecho sea condición necesaria para obtener un resultado probatorio favorable. Luego ese resultado puede obtenerse perfectamente de la actividad de otros agentes en el proceso. Consecuentemente la noción de carga subjetiva de la prueba como erróneamente se pretende concebir al amparo de lo

¹³ Ob. Citada pagina 62-63.



Consorcio Aristizábal Velásquez
Abogados Ltda.

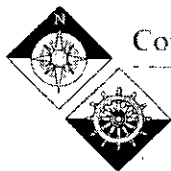
dispuesto por el legislador en el artículo 167 del C. Gral. del P. construido sobre el supuesto de necesidad para obtener un fin, y de las reglas que atribuirían las cargas probatorias subjetivas como reglas técnicas se desploma desde la base conceptual misma. Por lo que se ha de prescindir de la noción de carga de la prueba subjetiva.¹⁴

Sobre este punto el tratadista catalán J. Nieva Fenoll lleva más lejos tal argumento, proponiendo también la inutilidad de la noción de la carga de la prueba en su dimensión objetiva. Así sostiene el autor: *"una vez el juez concluye que, por ej. que la acción que se le atribuía como base del reclamo de su responsabilidad civil no han quedado suficientemente acreditados por las pruebas presentadas al proceso, le basta para rechazar la pretensión del actor con la propia norma sustantiva: dado que esta es aplicable solo si se han probado los hechos que dan lugar a la responsabilidad, la falta de prueba suficiente de los mismos hace inaplicable la norma para resolver el caso, por lo que el juez debe rechazar la pretensión de aplicarla, sin necesidad de acudir a regla de la carga de prueba alguna."*¹⁵

En otro sentido, aun sin la necesidad de reglas procesales específicas que determinen la carga objetiva de la prueba (porque ya lo hacen las reglas sustantivas en combinación con las pretensiones de las partes) ello no implica que no tenga sentido la pregunta de quien pierde si no hay prueba suficiente; y la respuesta a esa pregunta es, precisamente, la carga objetiva de la prueba. Siendo así, es claro que quien tenga la carga objetiva de la prueba de un hecho depende de quien pretenda la aplicación de la regla sustantiva de que se trate. En definitiva, no necesitamos reglas específicas sobre la carga de la prueba, pero si la noción de la carga (objetiva) de la

¹⁴ Ob. Citada. Jordi Ferrer Beltran pag. 73.

¹⁵ Ob. Citada pag. 73 y 74.



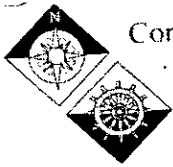
Consorcio Aristizábal Velásquez
Abogados Ltda.

prueba. Resultando entonces inútil la distinción de carga de la prueba objetiva y subjetiva, para la regla de juicio que tiene el juez, lo cierto es que la carga de la prueba objetiva depende de las reglas materiales, por lo que su inversión es, en puridad, una modificación del supuesto de hecho de la regla material. Por lo que la inversión de la carga de la prueba es, pues en definitiva "una modificación de fattispecie".¹⁶

Ello supondría que en el evento sub judice, la norma sustantiva aplicable esto es, el artículo 2341 del Código Civil que prescribe "*El que ha cometido un delito o culpa, que, a inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido*". Implicaría que con la inversión de la carga de la prueba se estaría modificando el supuesto de hecho de la norma sustantiva aludida en forma dinámica, lo que nos abocaría al radical desconocimiento del derecho sustantivo de forma previa al proceso y, en este sentido, a un problema de indeterminación del derecho y de seguridad jurídica que va más allá de las reglas procesales, por lo que invertir la carga de la prueba de la culpa o negligencia, no es otra cosa que reescribir el supuesto de hecho de la responsabilidad y con ello la norma sustantiva, de modo que ahora quedaría como: "*El que ha cometido un delito o culpa, que a inferido daño a otro, sin que se haya demostrado su diligencia o ausencia de culpa es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido*".

Siendo así, hace recaer en el juez la capacidad de decidir casuísticamente el derecho sustantivo que debe aplicar. La doctrina de la carga dinámica de la prueba, por tanto, no produce una mayor justicia en la

¹⁶ V. Cortes Domínguez "algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba. En Revista de Derecho Procesal Iberoamericana num. 2-3. 1972

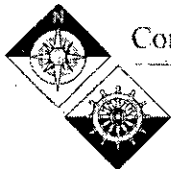


Consorcio Aristizábal Velásquez
Abogados Ltda.

aplicación del Derecho sino su indeterminación. Ello implica además subvertir los principios que rigen la responsabilidad civil, para pretender la aplicación de la consecuencia jurídica del deber de reparar habrá que probar el daño, la causalidad que vincule el efecto dañoso a una acción u omisión del demandado y la culpa o negligencia de este. Y la carga objetiva de la prueba recae, como se sabe, en quien pretenda su aplicación (en el sentido de que, a falta de prueba de los tres elementos mencionados, a esa parte perjudicara la imposibilidad legal de aplicar el artículo 2341 del C.C.

En definitiva, que una de las partes disponga de una prueba relevante o tenga mayor facilidad para producirla parece una buena razón para imponerle el deber que la aporte al proceso, pero no para asignarle el riesgo de perder el proceso por insuficiencia probatoria (incluso en el caso de que aporte la prueba de que disponía). Lo primero sería una obligación de realizar un acto positivo de aportación probatoria, lo segundo es una obligación de resultado como probar que no hubo negligencia médica, desconociendo con ello también el principio de que la actividad médica tanto doctrinal como jurisprudencial y por mandato legal es una obligación de medio.¹⁷ en otras palabras, la carga de producir evidencia no importa una inversión de la carga de la prueba, el principio de colaboración probatoria no se trata en consecuencia de cargar a la parte incluso con el "peso de la incertidumbre". Ello se traduciría en hacer una conversión de la actividad médica en una obligación de resultado y consecuentemente en una responsabilidad puramente objetiva, criterio proscrito en esta materia. Maxime la naturaleza de la actividad médica que dentro de un concepto tridimensional entremezcla la técnica, la ética y el derecho. Actividad galénica que dista de aquellas que ejecutan personas que desarrollan

¹⁷ Artículo 104 de la ley 1438 de 2011 que modificara la ley de talento humano en salud en su artículo 26 de la ley 1164 de 2007.



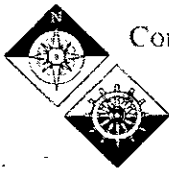
Consorcio Aristizábal Velásquez
Abogados Ltda.

prototípicas actividades peligrosas, potencialmente lesivas de caros intereses jurídicos y extrajurídicos. En tanto que la actividad medica actúa en procura de preservar o salvar la salud del paciente, con vocación de servicio, y cuyo daño que se pueda producir en el organismo del enfermo es consecuencia del objetivo mismo del acto médico: restablecer la salud del paciente, aliviar los efectos de la enfermedad, prevenir complicaciones de la misma, luchar contra la muerte o rehabilitar los efectos de las lesiones de cualquier índole.

La tratadista y profesora titular de Derecho de la Universidad de Navarra Maria Luisa Arcos Vieira en su reciente texto¹⁸ al referirse sobre la inversión de la carga de la prueba de la culpa advierte que *"aquella inversión no llega a extenderse a las acciones de responsabilidad extracontractual dirigidas contra profesionales que, por la vía contractual, responden conforme a las denominadas obligación de medios (sanitarias, juristas). En estos casos, frente a la comprensible invocación por los demandantes de todos los argumentos que en otros supuestos habían venido justificando aquella inversión, la jurisprudencia ha respondido con reiteración en sentido negativo, recordando que el "reproche culpabilístico" no solo es imprescindible, sino que debe ser probado por el perjudicado junto con el resto de elementos de la acción."*

Y precisa la tratadista española: *"la reivindicación de la negligencia como elemento esencial y la oposición a toda inversión de la carga de la prueba se mantendrán con especial firmeza en el caso de demandas dirigidas contra profesionales sanitarios, tanto en el ámbito de la responsabilidad contractual como en el de la aquiliana. Exista o no*

¹⁸ La inversión de la Carga de la prueba de la culpa en la responsabilidad extracontractual: el fin de un "principio".
Ma. Luisa Arcos Vieira. Thomson Reuters Arazandi 2018. Pagina. 49.



Consorcio Aristizábal Velásquez
Abogados Ltda.

obligación previa del profesional de desarrollar la actividad. Se insiste en que "en los tratamientos u operaciones quirúrgicas, aunque se persigue el resultado de la curación del paciente, el médico no se obliga a obtener en todo caso esa curación sino a poner en su actuación toda la atención y diligencia que deriva de su específica preparación científica y practica" y que "la culpa del médico y la relación causal entre la culpa y el daño sobrevenido incumbe probarla al paciente o a sus herederos o representantes legales".¹⁹

Para lo cual se apoya en cita de Sala del Tribunal Supremo del 11 de marzo de 1991 en que perfila la denominada *lex artis ad hoc* para describir los deberes exigibles al profesional. Aporte que individualiza dicha *lex artis*: "así como en toda profesión rige una "lex artis" que condiciona la corrección de su ejercicio, en la medica esa "lex" aunque tenga un sentido general, responde a las peculiaridades de cada acto, en donde influirán en un sentido u otro los factores antes vistos; y finalmente en cuanto los requisitos de la responsabilidad del médico y características de su profesión, entre otras, la STS DE 6-11-1990 (rj 1990, 8528 decía: (...))"la obligación contractual o extracontractual del médico, mas en general del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, o lo que es igual, no es la suya una obligación de resultado, sino una obligación de medios; es decir; esta obligado no a curar al enfermo sino a proporcionarle todos los cuidados que requiere según el estado de la Ciencia; además, en la conducta de los profesionales sanitarios queda, en general, descartada toda clase de responsabilidad mas o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida por esta Sala en daños de otro origen estando por tanto a cargo del paciente la prueba de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa, ya que a la relación material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico. Que puede manifestarse a través de una

¹⁹ Ob. Citada pag. 50-51



Consorcio Aristizábal Velásquez

Abogados Ltda.

negligencia omisiva de la aplicación de un medio o mas generalmente de una acción culposa."

Concluyendo: "en suma, durante décadas el Tribunal Supremo veta insistentemente cualquier intento de extender los efectos de la tendencia *pro damnato* a las acciones de responsabilidad extracontractual en el ámbito sanitario, sometidas a los criterios tradicionales que comparten con la acción de responsabilidad contractual (responsabilidad subjetiva y atribución de la carga de la prueba al demandante) incluso tras la aprobación de la LGDCU de 1984."²⁰

En Colombia la Sala de Casación de la Corte mediante sentencia proferida dentro del proceso 5507 mediante Sentencia del 30 de enero de 2001 (M.P. Jose Fernando Ramírez Gómez) afirmo que la carga de la prueba por el acto medico defectuoso corresponde al demandante y descarta la aplicación de la presunción de culpa en contra del profesional médico. Considero que el riesgo que generan los actos médicos y quirúrgicos no deben ser adjudicados al personal medico con base en presunciones, en razón de "los fundamentos éticos, científicos y de solidaridad que lo justifican y lo proponen ontológica y razonablemente necesario para el bienestar del paciente, y si se quiere legalmente imperativo para quien ha sido capacitado como profesional de la medicina."²¹

Hoy precisamente el Tribunal de nuestro distrito notifico decisión de segunda instancia donde fija claramente el criterio de NO aplicación de inversión de carga probatoria en materia de actividad profesional medica:

²⁰ Ob. Citada página 51-52

²¹ En La Prueba de Oficio. Una perspectiva para el proceso dialógico civil. Diana Maria Ramírez Carvajal. U. Externado 2009.



Consorcio Aristizábal Velásquez

Abogados Ltda.

*"Conforme con lo anterior, descarta la Sala el argumento de la parte apelante, según el cual debió acudir en el presente asunto a la carga dinámica de la prueba pues, además de la extemporaneidad de su solicitud conforme lo dicho en líneas que preceden y aunque, como quedó visto, ello era posible aún en vigencia del Código de Procedimiento Civil –recordemos que este proceso se tramitó hasta proferida la sentencia bajo esa normatividad (literal b, artículo 625 del CGP)-, a ello se acude en situaciones excepcionales, en las que exista una evidente dificultad probatoria para el paciente en orden a obtener los medios de prueba que sirvan para acreditar la culpa médica y en el presente caso lo cierto es que dicha dificultad no se advierte, pues no se evidencia la imposibilidad de la parte actora de, por ejemplo, acceder a una prueba técnica para demostrar su dicho en virtud de lo cual fuera indispensable trasladar la carga de la prueba a la parte demandada, motivo por el cual en este asunto se debe tener en cuenta que las acciones dirigidas a que se declare la responsabilidad civil derivada de la actividad profesional médica, siguen la regla general según la cual compete a la parte demandante acreditar sus elementos estructurales."*²²

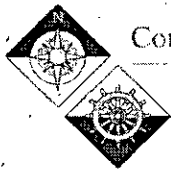
Luego no es de recibo frente al caso sub judice pretender consolidar una inversión de la carga probatoria de la culpa en responsabilidad civil médica, en virtud de la cual el perjudicado demandante solo deba probar el daño y el nexo causal, y corresponde al demandado probar su propia diligencia asumiendo, en consecuencia, los efectos perjudiciales en caso de que el órgano judicial no alcance el grado necesario de convencimiento.

²²TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SALA CIVIL DE
DECISION MAG. SUSTANCIADOR DR. FLAVIO EDUARDO
CÓRDOBA FUERTES 12- 16 -2020

Rad. No. 76001 - 31 - 03 - 001 - 2012 - 00402 - 01 (9534)

REF: PROCESO VERBAL DE BEATRIZ ADRIANA RAMÍREZ y EDWARD NARANJO MORALES FRENTE A SALUD TOTAL
E.P.S. S.A. Y OTROS.

Carrera 3 A Oeste No. 2-43 El Peñón
PBX (57) (092) 488 0999 Tel: (57) (092) 893 3177 - 893 3231 Fax: 8922106
Email RNA :harold.aristizabal@conava.net
Email: conava@conava.net
Email: ham.conava@gmail.com
Santiago de Cali - Colombia.

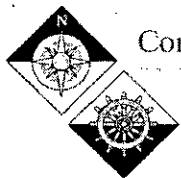


Consorcio Aristizabal Velásquez
Abogados Ltda.

Sinceramente

HAROLD ARISTIZABAL MARIN
C.C. No.16.678.028 de Cali
T.P. No. 41.291 del CSJ.

Carrera 3 A Oeste No. 2-43 El Peñón
PBX (57) (092) 488 0999 Tel: (57) (092) 893 3177 - 893 3231 Fax: 8922106
Email RNA :harold.aristizabal@conava.net
Email: conava@conava.net
Email: ham.conava@gmail.com
Santiago de Cali - Colombia



Consorcio Aristizabal Velásquez
Abogados Ltda.

878

Señor Doctor
Helver Bonilla Aragón
Juez Dieciséis (16) Civil de Circuito oral de Cali
E. S. M.

REF: 2018-00231-00

Demandante: ZAQUILLY CAMACHO y O.
Demandados: COMFANDI y O.

Del Señor Juez,

HAROLD ARISTIZABAL MARIN, mayor y vecino de Cali, identificado como aparece en autos, en mi condición de apoderado de Comfandi dentro del proceso de la referencia, hallándome dentro del término legal, me permito interponer **Recurso de Reposición y en subsidio de apelación frente a la negación de la prueba pericial allegada, y de Reposición frente a la Inversión de la Carga de la Prueba** contenido en el auto notificado el 18 de diciembre de 2020, en virtud de las siguientes consideraciones:

- **Recurso frente a la negación de la prueba pericial allegada (art. 321 #3)**

El titular del despacho negó tener como prueba pericial el documento allegado argumentando para ello que se omitió cuestiones de ley fundamentales para *apreciarse* como prueba el dictamen de parte rendido por el par en ginecobstetricia Fernando Zuluaga Aristizabal (Art. 226 y ss

Carrera 3 A Oeste No. 2-43 El Peñón
PBX (57) (092) 488 0999 Tel: (57) (092) 893 3177 - 893 3231 Fax: 8922106
Email RNA: harold.aristizabal@conava.net
Email: conava@conava.net
Email: ham.conava@gmail.com
Santiago de Cali - Colombia

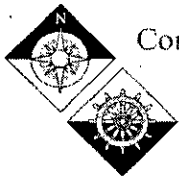


CGP) como consta en el documento declarativo (244) autentico (262) aportado. Delanteramente debo indicar que el señor juez confunde los requisitos mínimos del contenido del dictamen aportado por una de las partes, con los requisitos para que la prueba sea válidamente incorporada al proceso. Es claro que la prueba pericial para que sea incorporada válidamente al proceso tiene como único requisito, que sea aportada con la demanda, en su contestación o dentro del término otorgado por el juez cuando se anuncia que será aportada conforme el artículo 227 del CGP, Es decir este es un requisito para que la prueba sea incorporada al proceso.

Cosa diferente son los requisitos mínimos a tener presente para su valoración respecto de la verdad que presenta por parte del perito en la prueba pericial; esto, son estos precisamente los establecidos en el artículo 226 del CGP, sin embargo este mismo artículo diferencia *requisito de valoración* con *requisitos de información*, a manera de ejemplo, el perito debe relacionar y adjuntar los documentos e información utilizados para la elaboración del dictamen, pero no adjunta la HC con la que hizo la pericia porque la misma ya está en el proceso, ¿será que por no hacerlo no se puede incorporar el dictamen al proceso como prueba valida?, o si el perito ¿no aporta publicaciones relacionadas con la materia del peritaje que el haya realizado en los últimos diez (10) será que por esa razón la prueba no puede ser incorporada al proceso?

La repuesta es que estos requisitos son de valoración de la prueba conforme la sana critica mas *no requisitos de validez* para su incorporación al proceso como prueba pericial.

En este orden de ideas es claro que la prueba pericial aportada por esta parte, de manera oportuna al contestar la demanda y rendida por el Dr. Fernando Zuluaga Aristizabal, puede ser válidamente incorporada al proceso, y en gracia de discusión en la medida que no se cumplan los requisitos del artículo 226 del CGP, este incumplimiento podía ser superado dentro de un régimen garantista ordenando su ajuste y en defecto de ello



879

debe ser tenido presente por el juez respecto de su valor probatorio vs lo que se pretende probar, es decir respecto de la credibilidad del contenido de la verdad presentada por el perito ante el Juez.

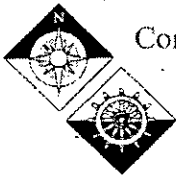
Al no reconocerle ningún valor probatorio, se observa igualmente que le desconoció que tiene la naturaleza de documento privado, que como tal debe ser valorado, lo cual no le priva de toda fuerza, pues deberán apreciarse los datos objetivos contenidos en el mismo, en particular, cuando refleja hechos contrastables.

No obstante, el reparo inicial principal, procedo igualmente de persistir el debate jurídico a hacer los reparos puntuales de la negación de la prueba pericial, para lo cual se hace necesario examinar cada una de las consideraciones respecto de los *requisitos de forma de información* con base en las cuales el titular del despacho optó por la drástica determinación.

1. No explicó los exámenes métodos, experimentos e investigaciones efectuados.

Debemos precisar que la metodología aplicada dentro del proceso de investigación de una disciplina de conocimiento como la medicina, ciencia fáctica, no formal ni exacta como es el caso de las matemáticas. Al ser fáctica se refiere a hechos que se suponen ocurren en el mundo, y consiguientemente, tienen que apelar a la experiencia para contrastar sus fórmulas. A La ginecobstetricia en particular como una de las disciplinas de la medicina, le corresponde la técnica, métodos y procedimientos que se siguen en la práctica habitual de esta, ya que el método científico es un modo de tratar problemas intelectuales, no cosas, ni hombres¹. A través de esta se orienta la manera de hacer el enfoque científico y la forma en que

¹ La investigación científica. Mario Bunge. Siglo XXI, 5ª Reimpresión pág. 19

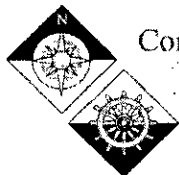


se recolecta, analiza y clasifican los datos, con el objetivo de que su resultado tenga validez y pertinencia, cumpliendo con los estándares de exigencia científica.

Para tal fin el Dr. Zuluaga en su informe expone congruentemente la correlación entre los extremos propuestos en el dictamen pericial y las máximas de la experiencia y las conclusiones aportadas, indicando que, para el caso en materia, tuvo a disposición la historia clínica de la paciente Zaquilly Camacho Morales y la demanda formulada. Explicando que, para rendir el dictamen pericial, "Los conceptos que en este documento expongo al responder el cuestionario asignado, son producto de un análisis cuidadoso del caso con las herramientas derivadas de mi formación como Ginecobstetra, mi experiencia en el ejercicio de mas de 38 años, así como en la docencia de pregrado y postgrado y la información de la historia clínica con la que dispongo".

Ello permite inferir que lo que el perito ginecobstetra nos esta indicando es que, con soporte en historia clínica y documentos aportados, adicional a su experiencia y conocimiento, en la Lex Artis, protocolos de manejo de las condiciones propias del caso particular, resolvió el cuestionario a el presentado por la parte demandada. Ello también permite inferir que el método utilizado por el perito no es diferente a los realizados en trabajo pericial anterior, ni diferente de su práctica profesional como docente en ginecobstetricia y como ginecobstetra en su práctica diaria. Pues precisemos que dada la clara dicotomía entre ciencia formal y ciencia fáctica no debe ocultarnos el hecho de que el *conocimiento conceptual* de cualquier genero (a diferencia de los hábitos, las habilidades y otros tipos de conocimiento no conceptual) consisten en ideas.² Por tanto la metodología

² Ob. Citada pág. 20



utilizada por el perito corresponde al modo recomendado, pues partiendo de la revisión documental respondió los interrogantes planteados refiriéndose al caso particular con referencia al manejo medico desplegado, de tal forma que se revisó la practica implementada a la luz del saber dispuesto por su especialidad y experiencia. Luego si explico la metodología aplicada al caso en estudio.

2. No indico los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones.

En consonancia con la condición anterior, debemos señalar que los fundamentos de carácter medico en ginecobstetricia, sobre el particular corresponde a las bases en que se apoyó el perito al rendir su dictamen; para ello el par en ginecobstetricia Dr. Zuluaga cumplió con dicha tarea al citar e identificar las **fuentes bibliográficas** que soportan todas sus conclusiones a las que llega al responder cada una de sus respuestas, utilizando el conocimiento disponible, basado en la literatura científica contrastada y producida a la luz del conocimiento ilustrado de la ginecobstetricia. Fuentes que resultan de fácil consulta, dado que la relación de *literatura científica* en que se cimentara para soportar sus conclusiones aparece registrada en su informe, siendo posible realizar el contraste de la misma con relación a la historia clínica y la demanda y las respuestas dadas por el perito a cada una de las inquietudes formuladas, que como lo afirma el perito sin prejuicios, solo *"derivados de un afán genuino de contribuir a que se llegue a la verdad y con el animo imparcial que siempre ha regido los actos de su vida."*

Existe en consecuencia una justificación teórica en la bibliografía dispuesta a soportar sus conclusiones. Luego, si indico los fundamentos técnicos.



Consorcio Aristizábal Velásquez
Abogados Ltda.

3. Certificados de la experiencia profesional del experto.

El perito Dr. Fernando Zuluaga Aristizábal acompañó con el dictamen documentos que certifican y dan fe de que es verdaderamente Médico y Cirujano de la Universidad del Valle (Desde el año 1975) y Médico especialista en Ginecología y Obstetricia de la Universidad del Valle (desde el año de 1981), luego con tales documentos que lo habilitan para ejercer su profesión como ginecobstetra se está certificando además su formación académica que lo acreditan y lo habilitan como idóneo para la evaluación pericial designada. Adicionalmente acompaña su hoja de vida en que indica bajo la gravedad del juramento que se entiende suscrita al firmar el documento que contiene el dictamen y la hoja de vida también firmada por el que dan fe de su formación como *"medico ginecobstetra con experiencia docente, y administrativa. Habilidades y practica extensa en cirugía ginecológica y urgencias obstétricas. Interesado en desarrollar la practica Gineco-obstétrica y la cirugía ginecológica en la cual tiene amplia experiencia y gran habilidad demostrable"*. Destaca para ello bajo juramento su experiencia laboral indicando su trayectoria y curriculum vitae profesional así:

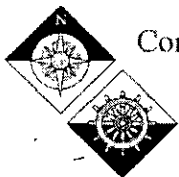
Desde 1981 a 1985 como ginecobstetra de planta en el Hospital San Vicente de Paul.

Desde 1990 a 1997 como ginecobstetra en la Secretaria de Salud Municipal de Cali

Desde mayo de 1991 hasta octubre de 2012 obstetra de planta del Hospital San Juan de Dios. Y gerente del servicio de obstetricia durante 3 años.

Desde junio 1981 a febrero de 1989 y desde 2008 a enero de 2018 como docente en ginecobstetricia de la Facultad de Medicina de la Universidad Libre.

Carrera 3 A Oeste No. 2-43 El Peñón
PBX (57) (092) 488 0999 Tel: (57) (092) 893 3177 - 893 3231 Fax: 8922106
Email RNA: harold.aristizabal@conava.net
Email: conava@conava.net
Email: ham.conava@gmail.com
Santiago de Cali - Colombia



Su hoja de vida también registra diversos cursos de actualización medica en ginecobstetricia.

En la actualidad cuenta con su consultorio particular como ginecobstetra en la Clínica Farallones Calle 9C #50-25 Of. 602 que pueden ser consultadas en cualquiera de las paginas medicas de Cali en Internet.

Se trata pues de un experto que posee las habilidades específicas y reglas de experiencia específicas aplicadas como ginecobstetra con praxis cotidiana que nos habla de 38 años, circunstancias que dotan a su dictamen de cualidades muy relevantes a la hora de emitir su opinión y que ha tenido la capacidad de explicarla en términos adecuados en el dictamen escrito aportado al proceso y que tiene la disposición y preparación necesaria para sostener dicha opinión en una audiencia en la que será interrogado, si es el caso por determinación del titular del despacho o a solicitud de la contraparte. Luego si este certificado como experto.

4. No indica casos en que ha sido designado como perito.

Si se repara en el perfil profesional del perito, se podrá identificar que el perito Dr. Zuluaga indica que *"he realizado antes dictamen pericial al Dr. Harold Aristizabal Marin y Comfandi Rad. 2019-00166 Juzgado 5 civil del circuito demandante Margoth Eda Campo"*. Luego, el perito como ginecobstetra individualizo claramente el despacho judicial, las partes y el abogado a quien le rindió el dictamen, por lo tanto, si hizo la indicación conforme el art. 226 #5. Afirmación que se entiende prestada bajo juramento.

5. No indicar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones son diferentes respecto de los que ha utilizado en peritajes rendido en anteriores



procesos que versen sobre la misma materia. En caso de ser diferentes explicar la justificación de la diferencia.

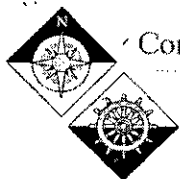
Se puede deducir, del hecho de haberse indicado la metodología aplicada al caso y los fundamentos científicos que la soportan, como se explicó al dar sustento en los numerales 1 y 2 de este documento, que no habiendo diferencia frente al rendido previamente, *no era necesario hacer una justificación.*

6. No indicar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones son diferentes respecto de aquellos que utiliza en el ejercicio regular de su profesión. En caso de ser diferentes explicar la justificación de la diferencia.

Se puede deducir, del hecho de haberse indicado la metodología aplicada al caso y los fundamentos científicos que la soportan, como se explicó al dar sustento en los numerales 1 y 2 de este documento, que no habiendo diferencia frente al ejercicio cotidiano, *no era necesario hacer una justificación.* En procesos de responsabilidad profesional médica, se pauta el seguimiento y evolución de la enfermedad por un medico especialista, y el empleo de una determinada técnica en el proceso operatorio conforme la *lex artis.*

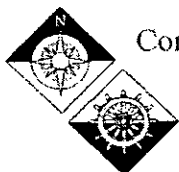
7. Relacionar y adjuntar los documentos e información utilizados para la elaboración del dictamen.

No es necesario dado que tanto la historia clínica como la demanda ya obran en el proceso, en tal condición aparecen ya relacionados en el dictamen y adjuntados con antelación, haciendo parte de la comunidad de prueba.



Acudimos finalmente y subsidiariamente en caso de persistir alguna discrepancia frente a las consideraciones del titular del despacho al *principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal* estipulado en la Constitución Política en su artículo 228 que propende porque las normas procesales sean el medio que permita concretar o efectivizar los derechos sustanciales de los administrados., ello con el fin de garantizar el acceso a la administración de justicia (Art. 2 CGP como reiteración del artículo 229 de la C.N.) y el debido proceso. Al igual que la regla 11 del CGP que dispone la interpretación de la ley procesal como conector de los derechos reconocidos en la ley sustancial, inclusive, explica que en caso de duda, la aclaración debe brotar garantizando, entre otros, el derecho fundamental a la defensa. Lo importante es garantizar la tutela judicial efectiva y así, en el caso concreto, si para el titular del despacho no fue suficiente el cumplimiento de ciertos requisitos contemplados en la norma procesal, lo correcto no es en forma inflexible rechazar la prueba que oportunamente la parte está aportando, pues el juez tiene el deber, incluso, de corregir o sanear situaciones procedimentales que considere, deben adecuarse bajo el respeto del derecho de contradicción, como lo establece el numeral 5° de la regla 42 del CGP.

Estimamos en consecuencia que el dictamen pericial aportado, corresponde a una opinión ilustrada, fundada y contrastable y cumple con los requisitos del Código General del Proceso y servirá para asumir, si es del caso la carga de la prueba que su señoría dispuso de no modificar su criterio y también, para fundamentar nuestra defensa materializada en el escrito de contestación de demanda. Luego admitida la prueba el juez podrá ventilar, ponderar y verificar con todo el material probatorio si el perito utilizó el conocimiento científico actualizado y contrastado sobre la materia objeto del

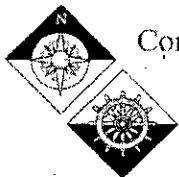


peritaje, y si ha seguido los protocolos científicos comúnmente admitidos en la materia objeto de pericia.

- **Reposición frente a la Inversión de la Carga de la Prueba**

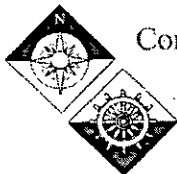
El titular del Despacho estima que le queda más fácil probar a los demandados, porque son expertos en prestación de servicios profesionales en salud, porque atendieron medicamente en sus instalaciones a la parte actora y porque tienen en su poder la historia clínica de él, en resumen, por tener mejor posición para probar. Con lo que decidió imponer a los demandados que pruebe que la atención medica y asistencial y de otro tipo que prodigaron fue adecuada y oportuna. Para lo cual con esta nueva regla de juego probatorio concede 10 días para solicitar o aportar pruebas adicionales.

Sin embargo, la tesis que así pretende edificar el titular del despacho de *principio de facilidad y disponibilidad* per se no suponen la inversión automática de la carga de la prueba. Sea lo primero señalar que en los casos de responsabilidad médica, no es posible exonerar a la parte actora-paciente de una mínima diligencia probatoria cuando asiste a juicio pasivamente y predicar que en todo caso existe dificultad del paciente de aportar pruebas requeridas para patentizar el nexo de causalidad y/o el título de atribución subjetiva del daño, pues bien pudo acudir a la práctica de un dictamen pericial, y no es de recibo que por el hecho de ser las instituciones de salud quienes están llamados a cumplir con la custodia de la historia clínica conforme lo reglamenta la resolución 1995 de 1999, se afirme que sea procedente invertir la carga de la prueba, por este hecho pues esta visto el paciente pudo acceder a la misma y obtuvo copias en cada una de las



instituciones de salud aportándola con la demanda, como consta en los numerales 25 y 26 de las pruebas documentales y anexos de la demanda. No existiendo obstrucción por parte de los demandados hacia su paciente para *disponer* de la historia clínica y a partir de la misma proponer dictamen u otro medio probatorio que estimara pertinente el paciente-actor. Pudiendo en todo caso tanto paciente como medico disponer de expertos que interpreten y analicen las actuaciones efectuadas por los tratantes, por lo que acudir a invertir la carga de la prueba es caer en una falsa panacea, pretendiéndose desconocer las reglas generales de la prueba en este caso, bajo el dogma de la proximidad de la prueba, cuando está visto que en este caso no existe una exclusividad de disposición sobre un medio probatorio de interés para el litigio, pues esta visto también que el actor-paciente puede acceder a un par experto en prestación de servicios profesionales en salud. Acudiendo en todo caso con la posibilidad de igualdad de armas, y resultándoles por igual a ambas partes la facilidad de demostrar aquello que debe ser probado. Maxime en tratándose de obligaciones de medio y no de resultado como tanto la doctrina, jurisprudencia y la ley han reconocido la actividad medica en general, no siendo calificada de correcta o no por el resultado final, sino por la diligencia empleada. La obligación del médico no es curar, sino poner todos los medios y pericia profesional en procura de sanar, de acuerdo con el estado de la ciencia y conforme los cánones médicos. Y tampoco se puede catalogar el daño como desproporcionado, por mas que en la practica lo parezca, cuando hay una causa que explica el resultado.

Hoy por hoy sigue vigente la regla general de la prueba de las obligaciones dispuesto en el articulo 1757 del Código Civil **"Incumbe probar las obligaciones al que alega aquellas o estas."** Norma sustantiva con ámbito de aplicación mucho mas amplio indudablemente procesal. Lo que a

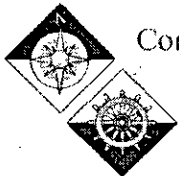


lo largo de estas centurias de vigencia, del Código civil se entiende como principio general de que en materia de responsabilidad civil corresponde al perjudicado la carga de la prueba del daño, de la causa y de la culpa, en cuanto elementos constitutivos de la acción.

Esta parte entiende que la justificación del despacho para ordenar la inversión probatoria resulta en teoría razonable en cuanto hace referencia a la cercanía con el material probatorio, por las circunstancias técnicas y la intervención directa en los hechos que ocupan la atención del despacho. Sin embargo, resulta cuestionable es que dicha finalidad se persiga mediante la inversión de la carga de la prueba como manifestación de la distribución dinámica o flexibilización de la carga de la prueba. Cuando esta visto como advertíamos en el párrafo inicial, que la parte demandante no le resulta imposible o extraordinariamente difícil hacerlo mediante la práctica de un dictamen pericial. Siendo este asunto materia del ámbito de la valoración de la prueba, más que en relación a la distribución de la misma.³

En efecto, esto implica que si la parte que esta "próxima" a la prueba, pero que no le corresponde la carga- no satisface la carga que le viene impuesta por el juez- p. ej., porque no posee la prueba en cuestión, será derrotada en el juicio independientemente de cualquier otra consideración, y al mismo tiempo se determina la victoria de la contraparte, que habría tenido la carga de probar el hecho, pero no lo ha probado. En esencia, por tanto, la inversión de la carga de la prueba, que debería afectar a la parte "próxima" a la prueba independientemente de su posición en el proceso, no parece ser el medio más adecuado tanto para garantizar que todas las pruebas relevantes sean incorporadas al juicio como para que la decisión

³ La inversión de la Carga de la prueba de la culpa en la responsabilidad extracontractual: el fin de un "principio".
Ma. Luisa Arcos Vieira. Thomson Reuters Arazandi 2018. Pagina. 29



884

se fundamente sobre la correcta determinación, positiva o negativa, de los hechos relevantes del caso.⁴

En este mismo sentido señala el tratadista internacional M. Taruffo: *"Por tanto, se puede decir que la carga de la prueba, más allá de las formas individualistas en las que usualmente se regula y describe, desempeña una función epistémica fundamental, dirigida a garantizar que la decisión final se base en una determinación verdadera de los hechos principales de la causa. Sin embargo, la función publicista fundamental de la carga de la prueba consiste especialmente en establecer un criterio según el cual el juez deberá alcanzar la decisión final incluso en ausencia de la prueba de tales hechos."*⁵

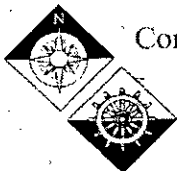
Este mismo tratadista señala ilustrándonos con relación al **principio de adquisición de la prueba** : *"si existe prueba relevante para el establecimiento de un hecho, esta puede -y debe- ser tomada en cuenta por el juez, independientemente de su origen, ya sea que haya sido presentada por la parte que tenía la carga, o bien que hay provenido de la otra parte o un tercero, y también -finalmente- cuando su presentación haya sido dispuesta de oficio por el juez."*⁶

De ello se deriva la consecuencia de que únicamente se puede hablar de carga de la prueba en sentido objetivo, ya que la carga solo encuentra aplicación en la decisión final, y constituye la *regla de juicio* que el juez debe aplicar en esa decisión. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que se utiliza en el evento que un hecho relevante *no resulta probado*, y establece como consecuencia la derrota de la parte que había invocado ese hecho como

⁴ Contra la Carga de la Prueba. Casi una introducción. Michele Taruffo. Pagina 15. Marcial Pons. Madrid. 2019.

⁵ Contra la Carga de la Prueba. M. Taruffo. Pagina 16.

⁶ Ob. Citada pag. 17.



fundamento de su demanda o de su excepción. Entonces se puede observar que la regla sobre la carga de la prueba opera en realidad como una *norma de reenvío*: en efecto, esta no señala que hechos deben ser probados por el actor y cuales, por el demandado, ya que esta determinación solo puede hacerse con referencia a la *norma sustantiva* cuya aplicación se propone en el caso concreto. De hecho, a partir de la norma sustantiva se determina cuales son los hechos constitutivos del derecho invocado por el actor y cuales los que sustentan las excepciones propuestas por el demandado, de modo que como consecuencia de esta determinación -en caso de que estos hechos no resulten probados- se produce la derrota de una u otra parte.⁷

Luego la carga de la prueba no tiene una dimensión subjetiva, la idea misma de una "carga objetiva" parece esencialmente en sentido metafórico un oxímoron.⁸ En efecto, no se puede negar que la misma idea fundamental de una carga en el contexto del proceso esta conectada -mas o menos claramente- a una concepción del proceso como una disputa entre partes individuales, de modo que la carga serviría como un criterio para resolver la controversia "entre las partes". Esta concepción del proceso y de la decisión que le pone termino no parece valida, ya que se puede sostener que la función fundamental del proceso y de la decisión que concluye consiste sobre todo en la correcta aplicación del derecho a los hechos del caso específico.

En este sentido podemos estar de acuerdo acerca de la necesidad de "maximizar el peso probatorio" como un instrumento para obtener la mejor justificación epistémica de la decisión sobre los hechos, pero el punto que

⁷ Ob. Cit. Pag 18.

⁸ Oxímoron: es una figura literaria que consiste en combinar dos expresiones de significado opuesto en una misma estructura, con el objetivo de generar un tercer concepto con un nuevo sentido



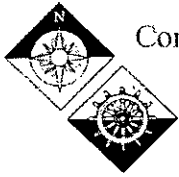
aquí se quiere destacar es que una regla sobre la carga de la prueba no sirve en lo absoluto para alcanzar este propósito.

En efecto, esta claro que cada una de las partes tiene un interés evidente en servirse de todas las pruebas relativas a los hechos en los que sustentan sus demandas y excepciones, y este interés parece mas que suficiente para motivar sus estrategias probatorias, sin ninguna necesidad de razonar en términos de cargas. Luego es claro que el actor tiene interés en probar la existencia del hecho constitutivo del derecho en el que fundamenta su demanda, toda vez que en ausencia de esta prueba el juez solo podría establecer que ese derecho no existe.

En esta misma línea de criterio jurídico el tratadista catalán Jordi Ferrer Beltrán en el documento **La Carga Dinámica de la Prueba. Entre la confusión y lo innecesario.**⁹ Señala: *"Si aceptamos que cuanto mas rico sea el conjunto de elementos de juicio relevantes de que dispongamos para adoptar una decisión sobre los hechos, mayor será también la probabilidad de acierto, resulta oportuno que nuestros diseños institucionales del proceso introduzcan incentivos para maximizar la aportación de las pruebas relevantes. A ello apunta la teoría de las cargas dinámicas, que, en ese sentido, parecería adecuada para una concepción racionalista de la prueba, en la orbita mas general del particularismo (como teoría de la justificación de las decisiones), del neoconstitucionalismo y, por ello del decisionismo judicial."*¹⁰

⁹Contra la Carga de la Prueba. La Carga Dinámica de la Prueba. Entre la confusión y lo innecesario. Página 53 y s.s.. Marcial Pons. Madrid. 2019.

¹⁰ Obra citada pag. 55

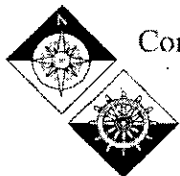


Concepción de moda en Iberoamérica que comparte la idea de desconfianza hacia la labor del legislador y hacia las reglas generales y abstractas supra e infraincluyentes.

Con independencia de este debate, la doctrina (entre otros Hernando Devis Echandia. Teoría general de la prueba judicial, pag. 424) en nuestro ámbito considera que la carga de la prueba tiene dos dimensiones: objetiva (material o directa) y subjetiva (formal o indirecta). Ahora bien, las dos dimensiones de la carga de la prueba expresan reglas distintas (prescripciones y reglas técnicas) dirigidas a sujetos distintos (el juez y las partes) y aplicables a momentos distintos del procedimiento (la fase de decisión y la de aportación de pruebas)¹¹. La objetiva aplicable al juez como regla de juicio ante la duda sobre hechos relevantes para la decisión, pero ello no significa que pueda acudir discrecionalmente a la inversión de la carga probatoria; en tanto que frente a las partes constituye una verdadera carga. Luego en puridad procesal, cuando se aplica reglas flexibles de carga de la prueba, fundado en el supuesto de dificultad probatoria o indefensión de una de las partes, lo que hace es trasladarle a la contraparte en quien recae la prueba del hecho relevante que inicialmente no la tenía atribuida por razón de la regla estática.¹² Lo único indudable es que el juez deberá resolver el juicio pese a las mayores o menores dudas que mantenga sobre los hechos. Y no le vale una posición intermedia, procesalmente un hecho se prueba o no se prueba. Así, si al juez le convencen las afirmaciones efectuadas sobre los mismos, corroboradas mediante la actividad probatoria, los fija como hechos probados. En cambio, si no se queda

¹¹ En este sentido J. Montero Aroca. La Prueba, Madrid 2000.

¹² La Carga de la prueba. Probatio diabólica [J. Ramon Escaler Bascompte. Atelier. Barcelona. 2017. Página 29.]

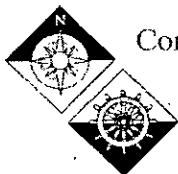


convencido, acude a las reglas de carga para resolver a quien perjudica su falta de prueba.¹³

Se hace entonces necesario revisar la doctrina de la carga dinámica a efecto de evitar algunas confusiones, así:

1. No tiene ningún sentido en todos estos casos duplicar el universo normativo, sosteniendo la pertenencia del derecho de dos reglas, una conceptual o prescriptiva (según los casos) y una regla técnica o carga.
2. La idea de dar cuenta del tipo de “deber” implicado en la pregunta sobre quien “debe” aportar la prueba al procedimiento a partir de la noción de necesidad y de regla técnica, es hoy un resabio histórico sin fundamento.
3. La vigencia del principio de adquisición procesal o de comunidad de la prueba ha acabado con esa situación. Así en virtud de este principio, una vez que las pruebas se aportan al procedimiento importa únicamente lo que de ellas se infiera sobre los hechos a probar, con independencia de quien las haya aportado. De este modo para considerar como probado un hecho se satisface, o no, en función de lo que se infiera del conjunto de las pruebas aportadas al procedimiento (por todas las partes y por el juez, si tiene poderes para allegar pruebas no solicitadas por las partes); luego si por ejemplo un hecho extintivo, cuya carga subjetiva recaería en el demandado puede resultar probado por efecto de pruebas presentadas por el actor (ej. Testimonio del demandante que le resulta útil al demandado, o documentos idem o perito que formula conclusiones distintas a las esperadas por quien lo postulo y a favor de su contraparte), entonces si esto es así, no puede ya sostenerse que, para la parte en quien se hace recaer la carga subjetiva de la prueba, aportar prueba suficiente sobre la ocurrencia del hecho sea condición necesaria para obtener un resultado probatorio favorable. Luego ese resultado puede obtenerse perfectamente de la actividad de otros agentes en el proceso. Consecuentemente la noción de carga subjetiva de la prueba como erróneamente se pretende concebir al amparo de lo

¹³ Ob. Citada pagina 62-63.



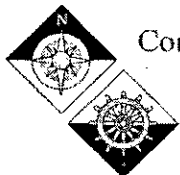
dispuesto por el legislador en el artículo 167 del C. Gral. del P. construido sobre el supuesto de necesidad para obtener un fin, y de las reglas que atribuirían las cargas probatorias subjetivas como reglas técnicas se desploma desde la base conceptual misma. Por lo que se ha de prescindir de la noción de carga de la prueba subjetiva.¹⁴

Sobre este punto el tratadista catalán J. Nieva Fenoll lleva más lejos tal argumento, proponiendo también la inutilidad de la noción de la carga de la prueba en su dimensión objetiva. Así sostiene el autor: *"una vez el juez concluye que, por ej. que la acción que se le atribuía como base del reclamo de su responsabilidad civil no han quedado suficientemente acreditados por las pruebas presentadas al proceso, le basta para rechazar la pretensión del actor con la propia norma sustantiva: dado que esta es aplicable solo si se han probado los hechos que dan lugar a la responsabilidad, la falta de prueba suficiente de los mismos hace inaplicable la norma para resolver el caso, por lo que el juez debe rechazar la pretensión de aplicarla, sin necesidad de acudir a regla de la carga de prueba alguna."*¹⁵

En otro sentido, aun sin la necesidad de reglas procesales específicas que determinen la carga objetiva de la prueba (porque ya lo hacen las reglas sustantivas en combinación con las pretensiones de las partes) ello no implica que no tenga sentido la pregunta de quien pierde si no hay prueba suficiente; y la respuesta a esa pregunta es, precisamente, la carga objetiva de la prueba. Siendo así, es claro que quien tenga la carga objetiva de la prueba de un hecho depende de quien pretenda la aplicación de la regla sustantiva de que se trate. En definitiva, no necesitamos reglas específicas sobre la carga de la prueba, pero si la noción de la carga (objetiva) de la

¹⁴ Ob. Citada. Jordi Ferrer Beltran pag. 73.

¹⁵ Ob. Citada pag. 73 y 74.



prueba. Resultando entonces inútil la distinción de carga de la prueba objetiva y subjetiva, para la regla de juicio que tiene el juez, lo cierto es que la carga de la prueba objetiva depende de las reglas materiales, por lo que su inversión es, en puridad, una modificación del supuesto de hecho de la regla material. Por lo que la inversión de la carga de la prueba es, pues en definitiva "una modificación de fattispecie".¹⁶

Ello supondría que en el evento sub judice, la norma sustantiva aplicable esto es, el artículo 2341 del Código Civil que prescribe "*El que ha cometido un delito o culpa, que, a inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido*". Implicaría que con la inversión de la carga de la prueba se estaría modificando el supuesto de hecho de la norma sustantiva aludida en forma dinámica, lo que nos abocaría al radical desconocimiento del derecho sustantivo de forma previa al proceso y, en este sentido, a un problema de indeterminación del derecho y de seguridad jurídica que va más allá de las reglas procesales, por lo que invertir la carga de la prueba de la culpa o negligencia, no es otra cosa que reescribir el supuesto de hecho de la responsabilidad y con ello la norma sustantiva, de modo que ahora quedaría como : "*El que ha cometido un delito o culpa, que a inferido daño a otro, **sin que se haya demostrado su diligencia o ausencia de culpa** es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido*".

Siendo así, hace recaer en el juez la capacidad de decidir casuísticamente el derecho sustantivo que debe aplicar. La doctrina de la carga dinámica de la prueba, por tanto, no produce una mayor justicia en la

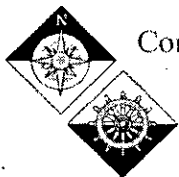
¹⁶ V. Cortes Domínguez "algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba. En Revista de Derecho Procesal Iberoamericana num. 2-3. 1972



aplicación del Derecho sino su indeterminación. Ello implica además subvertir los principios que rigen la responsabilidad civil, para pretender la aplicación de la consecuencia jurídica del deber de reparar habrá que probar el daño, la causalidad que vincule el efecto dañoso a una acción u omisión del demandado y la culpa o negligencia de este. Y la carga objetiva de la prueba recae, como se sabe, en quien pretenda su aplicación (en el sentido de que, a falta de prueba de los tres elementos mencionados, a esa parte perjudicará la imposibilidad legal de aplicar el artículo 2341 del C.C.

En definitiva, que una de las partes disponga de una prueba relevante o tenga mayor facilidad para producirla parece una buena razón para imponerle el deber que la aporte al proceso, pero no para asignarle el riesgo de perder el proceso por insuficiencia probatoria (incluso en el caso de que aporte la prueba de que disponía). Lo primero sería una obligación de realizar un acto positivo de aportación probatoria, lo segundo es una obligación de resultado como probar que no hubo negligencia médica, desconociendo con ello también el principio de que la actividad médica tanto doctrinal como jurisprudencial y por mandato legal es una obligación de medio.¹⁷ en otras palabras, la carga de producir evidencia no importa una inversión de la carga de la prueba, el principio de colaboración probatoria no se trata en consecuencia de cargar a la parte incluso con el "peso de la incertidumbre". Ello se traduciría en hacer una conversión de la actividad médica en una obligación de resultado y consecuentemente en una responsabilidad puramente objetiva, criterio proscrito en esta materia. Maxime la naturaleza de la actividad médica que dentro de un concepto tridimensional entremezcla la técnica, la ética y el derecho. Actividad galénica que dista de aquellas que ejecutan personas que desarrollan

¹⁷ Artículo 104 de la ley 1438 de 2011 que modificó la ley de talento humano en salud en su artículo 26 de la ley 1164 de 2007.



prototípicas actividades peligrosas, potencialmente lesivas de caros intereses jurídicos y extrajurídicos. En tanto que la actividad medica actúa *en procura* de preservar o salvar la salud del paciente, con vocación de servicio, y cuyo daño que se pueda producir en el organismo del enfermo es consecuencia del objetivo mismo del acto médico: restablecer la salud del paciente, aliviar los efectos de la enfermedad, prevenir complicaciones de la misma, luchar contra la muerte o rehabilitar los efectos de las lesiones de cualquier índole.

La tratadista y profesora titular de Derecho de la Universidad de Navarra Maria Luisa Arcos Vieira en su reciente texto¹⁸ al referirse sobre la inversión de la carga de la prueba de la culpa advierte que *“aquella inversión no llega a extenderse a las acciones de responsabilidad extracontractual dirigidas contra profesionales que, por la vía contractual, responden conforme a las denominadas obligación de medios (sanitarias, juristas). En estos casos, frente a la comprensible invocación por los demandantes de todos los argumentos que en otros supuestos habían venido justificando aquella inversión, la jurisprudencia ha respondido con reiteración en sentido negativo, recordando que el “reproche culpabilístico” no solo es imprescindible, sino que debe ser probado por el perjudicado junto con el resto de elementos de la acción.”*

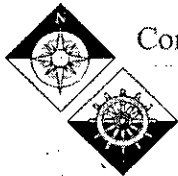
Y precisa la tratadista española: *“la reivindicación de la negligencia como elemento esencial y la oposición a toda inversión de la carga de la prueba se mantendrán con especial firmeza en el caso de demandas dirigidas contra profesionales sanitarios, tanto en el ámbito de la responsabilidad contractual como en el de la aquiliana. Exista o no*

¹⁸ La inversión de la Carga de la prueba de la culpa en la responsabilidad extracontractual: el fin de un “principio”.
Ma. Luisa Arcos Vieira. Thomson Reuters Arazandi 2018. Pagina. 49



obligación previa del profesional de desarrollar la actividad. Se insiste en que "en los tratamientos u operaciones quirúrgicas, aunque se persigue el resultado de la curación del paciente, el medico no se obliga a obtener en todo caso esa curación sino a poner en su actuación toda la atención y diligencia que deriva de su especifica preparación científica y practica" y que "la culpa del médico y la relación causal entre la culpa y el daño sobrevenido incumbe probarla al paciente o a sus herederos o representantes legales".¹⁹ Para lo cual se apoya en cita de Sala del Tribunal Supremo del 11 de marzo de 1991 en que perfila la denominada *lex artis ad hoc* para describir los deberes exigibles al profesional. Aporte que individualiza dicha *lex artis*: "así como en toda profesión rige una "lex artis" que condiciona la corrección de su ejercicio, en la medica esa "lex" aunque tenga un sentido general, responde a las peculiaridades de cada acto, en donde influirán en un sentido u otro los factores antes vistos; y finalmente en cuanto los requisitos de la responsabilidad del médico y características de su profesión, entre otras, la STS DE 6-11-1990 (rj 1990, 8528 decía: (...)"la obligación contractual o extracontractual del médico, mas en general del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, o lo que es igual, no es la suya una obligación de resultado, sino una obligación de medios; es decir; esta obligado no a curar al enfermo sino a proporcionarle todos los cuidados que requiere según el estado de la Ciencia; además, en la conducta de los profesionales sanitarios queda, en general, descartada toda clase de responsabilidad mas o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida por esta Sala en daños de otro origen estando por tanto a cargo del paciente la prueba de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa, ya que a la relación material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico. Que puede manifestarse a través de una

¹⁹ Ob. Citada pag. 50-51



009

negligencia omisiva de la aplicación de un medio o mas generalmente de una acción culposa."

Concluyendo: "en suma, durante décadas el Tribunal Supremo veta insistentemente cualquier intento de extender los efectos de la tendencia *pro damnato* a las acciones de responsabilidad extracontractual en el ámbito sanitario, sometidas a los criterios tradicionales que comparten con la acción de responsabilidad contractual (responsabilidad subjetiva y atribución de la carga de la prueba al demandante) incluso tras la aprobación de la LGDCU de 1984."²⁰

En Colombia la Sala de Casación de la Corte mediante sentencia proferida dentro del proceso 5507 mediante Sentencia del 30 de enero de 2001 (M.P. Jose Fernando Ramírez Gómez) afirmo que la carga de la prueba por el acto medico defectuoso corresponde al demandante y descarta la aplicación de la presunción de culpa en contra del profesional médico. Considero que el riesgo que generan los actos médicos y quirúrgicos no deben ser adjudicados al personal medico con base en presunciones, en razón de "los fundamentos éticos, científicos y de solidaridad que lo justifican y lo proponen ontológica y razonablemente necesario para el bienestar del paciente, y si se quiere legalmente imperativo para quien ha sido capacitado como profesional de la medicina,"²¹

Hoy precisamente el Tribunal de nuestro distrito notifico decisión de segunda instancia donde fija claramente el criterio de NO aplicación de inversión de carga probatoria en materia de actividad profesional medica:

²⁰Ob. Citada pagina 51-52

²¹ En La Prueba de Oficio. Una perspectiva para el proceso dialógico civil. Diana Maria Ramírez Carvajal. U. Externado 2009.

890

4430

Señores

JUZGADO 16 CIVIL DEL CIRCUITO ORALIDAD DE CALI

E. S. D.

**REF. DICTAMEN PERICIAL DE PARTE PROCESO VERBAL DE RC
MEDICA Radicación: Rad. 2018-00231**

Demandantes: ZAQUILLY CAMACHO MORALES y O.

Demandados: SOS EPS SA, CLINICA FARALLONES SA

Llamada en garantía: COMFANDI

Paciente: ZAQUILLY CAMACHO MORALES

Perito: FERNANDO ZULUAGA ARISTIZABAL

Conforme con solicitud que me hiciera la defensa de COMFANDI a efecto de rendir dictamen pericial para ser presentado como prueba conforme lo dispone el artículo 226 y normas siguientes del Código General del Proceso y artículo 10 de la ley 446 de 1998 y artículo 219 y siguientes del CPACA dentro del asunto de la referencia, manifiesto bajo la gravedad del juramento:

Perfil Profesional Del Perito:

FERNANDO ZULUAGA ARISTIZABAL

- Médico y Cirujano de la Universidad del Valle en el año 1975.
- Médico especialista en Ginecología y Obstetricia de la Universidad del Valle en el año 1981.

1. No me encuentro incurso en ninguna causal de impedimento que afecte la imparcialidad del presente dictamen pericial, ni en ninguna de las causales enlistadas en el artículo 50 del Código General del Proceso ni en el artículo 219 del CPACA.
2. He realizado antes dictamen pericial al Dr. Harold Aristizábal Marín y COMFANDI Radicación: 2019-00166 Juzgado 5 Civil del Circuito demandante Margoth Eda Campo
3. Prometo desempeñar con idoneidad, imparcialidad e independencia el cargo de perito, al contar con los conocimientos necesarios para rendir el dictamen.
4. Anexo los certificados de formación académica que me acreditan como idóneo para la presente evaluación pericial.

Para el caso en materia, me permito manifestar que tuve a mi disposición para rendir el presente dictamen pericial:

1. Historia clínica de la paciente ZAQUILLY CAMACHO MORALES
2. Demanda formulada por ZAQUILLY CAMACHO MORALES

Los conceptos que en este documento expongo al responder el cuestionario asignado son el producto de un análisis cuidadoso del caso con las herramientas derivadas de mi formación como GINECOBSTETRA, mi experiencia en el ejercicio de más de 38 años, así como en la docencia de pregrado y postgrado y la información de la historia clínica con la que dispongo, sin prejuicios, derivados de un afán genuino de contribuir a que se llegue a la verdad y con el ánimo imparcial que siempre ha regido los actos de mi vida.

RESPUESTAS AL CUESTIONARIO PLANTEADO

A la pregunta N° 1

¿Durante el embarazo la señora Zaquilly Camacho Morales presentó varios episodios de vaginitis/vaginosis?

El diagnóstico de Vaginitis Bacteriana (VB) puede ser efectuado aplicando criterios clínicos, o por evaluación de los morfotipos bacterianos presentes en el gram de la secreción vaginal. Criterio propuesto por Amsel et al, (24,16)

Actualmente, la evaluación de los morfotipos bacterianos presentes en la secreción vaginal aplicando la técnica de gram (criterio de Nugent),(25) es considerada la prueba de oro, dado que esta metodología demostró mayor sensibilidad y especificidad que los criterios clínicos de Amsel, aunque la misma no es adoptada por la universalidad de las instituciones que realizan diagnóstico de VB.(6,16)¹

El diagnóstico de la vaginosis bacteriana es aún controversial y por ello se han desarrollado diferentes métodos de laboratorio buscando la mayor aproximación a la realidad de cada paciente. Por tanto la lectura de los resultados que reporta el laboratorio deben ser valorados en contexto ya que la vagina es un reservorio de bacterias, muchas de las cuales son incluso "saludables", es decir producen un beneficio a la salud de la vagina, como es el caso de los "lactobacilos" quienes ayudan a mantener el ph (acidez) vaginal, que cuando se altera por falta de ellos, permite el crecimiento de otras bacterias como las que pueden originar una vaginosis bacteriana. Dicho de otra manera, no existe una vagina que no tenga bacterias. La que lo esté, está enferma.

En las escuelas de medicina se insiste que se tratan pacientes, no exámenes de laboratorio. Si el reporte del laboratorio no coincide con el cuadro clínico de la paciente, debe sopesarse muy bien la validez del resultado sin llegar al extremo del negacionismo: como no coincide, entonces no es.

Lo que debe primar es la valoración clínica, que, en el caso de la vaginosis bacteriana, además de los resultados del frotis vaginal, deben tenerse muy en cuenta los síntomas que presente la paciente, tales como flujo sintomático, es decir de tal cantidad que la paciente lo describe como anormal, no usual en ella: mal olor de las secreciones, prurito y ardor al orinar. No se necesita que estén todos, pero si buena parte de ellos.

En el caso que se comenta, la paciente no refirió síntomas de vaginosis. Fueron hallazgos de laboratorio. Desde el punto de vista perinatal se aconseja tratar esos resultados para prevenir posibles complicaciones que conlleva la vaginosis bacteriana en el embarazo.

De los gérmenes hallados, el más crítico es la E. Coli, habitante normal del colon, pero raro en vagina. Cuando este infecta la cavidad amniótica, su llegada allí se hace por vía hematógena y no por vía ascendente: colon, recto,

¹ **Tomado de:** Manual de procedimientos Balance del contenido vaginal (BACOVA). Buenos Aires: Fundación Bioquímica Argentina; 2012.¹⁶

vagina, útero, cavidad amniótica. Es decir, que pasa del colon a la cavidad amniótica por vía sanguínea.

En conclusión: la paciente tuvo un cuadro bacteriológico de vaginosis mas no clínico, que con muy buen criterio se le dio tratamiento.

Pregunta N° 2.

Si la respuesta anterior fue positiva según la historia clínica, ¿la paciente recibió tratamientos adecuados?

Indudablemente si recibió el tratamiento adecuado, como queda demostrado con un frotis vaginal ulterior donde ya no aparece la E. Coli.

"TRATAMIENTO Y Objetivos: Mejora de los signos y síntomas de la infección y reducción del riesgo de la complicación infecciosa tras aborto o histerectomía. Y Reciben tratamiento toda paciente sintomática. Recomendados - Metronidazol 2 gr VO dosis única - Metronidazol 500 mg/12h durante 7 días VO. Metronidazol gel 0,75%, aplicador completo(5g) intravaginal cada 24 horas durante 5 días. - Clindamicina crema 2%, aplicador completo (5g) intravaginal cada 24 horas durante 7 días."

https://www.salud.gob.sv/archivos/pdf/telesalud_2016_presentaciones/presentacion28012016/vaginosisbacteriana.pdf

Pregunta 3.

¿Los episodios de vaginitis/vaginosis como pueden afectar al feto?

"Las mujeres embarazadas pueden contraer vaginosis bacteriana. Si esto sucede, tienen una mayor probabilidad de -que sus bebés nazcan prematuros (antes de tiempo) o con bajo peso, en comparación con las mujeres que no hayan contraído vaginosis bacteriana durante el embarazo. Un peso bajo al nacer significa dar a luz a un bebé que pese menos de 5.5 libras cuando nace.

El tratamiento es de particular importancia para las mujeres embarazadas."

<https://www.cdc.gov/std/spanish/vb/stdfact-bacterial-vaginosis-s.htm>

Vale precisar que cualquier feto nacido antes de tiempo, por razones obvias, tendrá menos peso que uno nacido a término. Por ello debe precisarse si el peso de un prematuro es adecuado para su edad gestacional o no. Porque en caso de no ser adecuado para la edad gestacional, estaría mostrando que hay otras comorbilidades que afectaron el desarrollo de ese bebé. En este caso el producto de la concepción tuvo un peso de 2.980 grs, el cual es adecuado para su edad gestacional.

892

Pregunta 4.

¿Cuáles fueron las razones clínicas y/o de laboratorio para la realización de una cesárea urgente?

Esencialmente una monitoria fetal que mostraba un estado fetal no satisfactorio y la presencia de un abruptio de placenta (desprendimiento prematuro de la placenta. Como no había un parto inminente (dilatación completa y feto coronando) lo mandatorio era una cesárea.

Pregunta 5.

¿Si un líquido amniótico claro pero fétido como está descrito, puede corresponder a una corioamnionitis subclínica?

“Diagnóstico

Diagnóstico clínico: hace ya varios años Gibbs y cols. describieron unos hallazgos en las maternas que aumentan la probabilidad diagnóstica de corioamnionitis, los cuales han sido conocidos como los criterios de Gibbs, y son:

1. Fiebre materna $> 37,8^{\circ} \text{C}$.
2. Dos o más de los siguientes criterios clínicos menores:
 - Taquicardia materna ($> 100/\text{min}$).
 - Taquicardia fetal ($> 160/\text{min}$).
 - Leucocitosis materna ($> 15,000/\text{mm}^3$).
 - Irritabilidad uterina (definida como dolor a la palpación abdominal o dinámica uterina).
 - Leucorrea vaginal maloliente.”

<https://www.fucsalud.edu.co/sites/default/files/2017-09/3-CORIOAMNIONITIS.pdf>

En el caso en estudio sólo se cumplía el criterio menor de secreción de mal olor. Podría, entonces, tratarse de una corioamnionitis subclínica. El manejo de una paciente obstétrica cercana al término, con amenaza de parto prematuro, es un evento muy dinámico que puede presentar variaciones en breves lapsos de tiempo que obliguen a cambiar o modificar las medidas terapéuticas inicialmente planteadas.

En la nota operatoria no se describe ningún cambio en la cavidad uterina que sugiriese una corioamnionitis. Dichos cambios serían 1. Olor fétido, 2. Cavidad uterina caliente, 3. Membranas amnióticas purulentas, 4. Feto mal oliente.

Con estos datos no es posible sostener la existencia de una corioamnionitis.

Pregunta 6.

¿El recién nacido en el momento del nacimiento, presentaba signos de sufrimiento fetal o estado fetal no satisfactorio?

El estado fetal no satisfactorio es una situación clínica en la cual no hay francamente un estado patológico pero los exámenes paraclínicos están al borde de la anormalidad.

"A. Tipos (de sufrimiento fetal (SF). Subtítulo agregado por mí)

Se distinguen dos tipos de SF: uno crónico (SFC) que afecta al feto durante su gestación y el otro, agudo o intraparto (SFA), que aparece como un accidente durante el periodo de dilatación o el expulsivo. Ambos pueden ser independientes o estar interrelacionados. Así, es frecuente que el SFA se instale en un feto crónicamente dañado durante el embarazo. En el fondo, ambos tipos representan una condición deficitaria del feto durante su vida intrauterina, ya sea a lo largo de su crecimiento y desarrollo, o durante el trabajo de parto."

"B. Causas

Las causas de SF son muy variadas y pueden agruparse en maternas, fetales, feto-placentarias y en factores accidentales. Existen además SF de causa desconocida y iatrogénicas. En la Tabla I.1) se señalan algunas de las condiciones que se asocian frecuentemente con sufrimiento fetal.

TABLE I

ALGUNAS CONDICIONES ASOCIADAS CON LA ALTA INCIDENCIA DE SF (1)

Origen Causa

Nino	Prematurez
	Malformaciones congénitas

Madre	Toxemia
-------	---------

893

Diabetes
Infección
Trabajo de parto anormal
Hipotensión
Placenta
Placenta Previa
Desprendimiento normo placentario

Cordón Umbilical. Prolapso del Cordón"

<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rcp/v44n6/art02.pdf>

En este caso el feto nació con buen apgar (mayor de 7) y fue tan buena su respuesta que fue enviado con la madre a recuperación. De haber presentado alguna alteración de su bienestar al momento del nacimiento habría sido trasladado de inmediato a la Unidad de Cuidados Intensivos Neonatales (UCIN). Además, Nació con buen peso y en caso contrario, también hubiese sido indicación de traslado a UCIN. Si bien en este caso había dos causas generadoras de pérdida del bienestar fetal, como son la prematuridad y el desprendimiento prematuro de la placenta, al momento de nacer no lo habían afectado.

Pregunta 7.

¿El proceso de adaptación del recién nacido descrito como normal, puede ser compatible con un sufrimiento fetal?

En la historia clínica no se afirma que hubiese un sufrimiento fetal sino un estado fetal no satisfactorio. Significa que, si no se corrigen las causas subyacentes a este estado, el feto iría irremediablemente, a un sufrimiento fetal. Por tanto, la adaptación normal del recién nacido muestra que no se llegó a un sufrimiento fetal que afectara al bebé en sus primeros momentos de vida extrauterina y que la decisión de realizar una cesárea fue acertada y oportuna.

Pregunta 8.

¿El proceso de insuficiencia respiratoria y la apnea que presentó el recién nacido seis horas después del parto, puede ser indicativo de problemas anteriores o la manifestación de una patología nueva?

Llama la atención que el cultivo de sangre de cordón umbilical mostrara un *Stafilococo aureus* que no estuvo presente en los frotis y/o cultivos de secreción vaginal. Cabe destacar que no hubo un *E. Coli* que si se cultivó en secreción vaginal al final del embarazo, previo a la cesárea.

La doctora Brenda L. Tesini, de la Escuela de Medicina de la Universidad de Rochester dice que "La neumonía neonatal es la infección pulmonar de un recién nacido. Puede comenzar dentro de horas del nacimiento, como parte de un síndrome de sepsis generalizada, o después de 7 días, limitada a los pulmones. Los signos pueden ser sólo dificultad respiratoria o progresar a shock y muerte. El diagnóstico se realiza por la clínica y la evaluación de laboratorio para sepsis. El tratamiento inicial consiste en antibióticos de amplio espectro que se cambian por fármacos específicos contra el microorganismo lo antes posible."

<https://www.msdmanuals.com/es/professional/pediatr%C3%ADa/infecciones-en-reci%C3%A9n-nacidos/neumon%C3%ADa-neonatal>

Obsérvese que el artículo dice que este proceso puede presentarse "dentro de horas del nacimiento" como ocurrió en este caso, "como parte de un síndrome de sepsis generalizada".

Con los datos que aparecen en la historia uno puede suponer válidamente que se trató de una patología nueva.

REVISION BIBLIOGRAFICA

1. VAGINOSIS

<https://www.cdc.gov/std/spanish/vb/stdfact-bacterial-vaginosis-s.htm>

<https://www.mayoclinic.org/es-es/diseases-conditions/bacterial-vaginosis/diagnosis-treatment/drc-20352285>

<https://www.msdmanuals.com/es/professional/ginecolog%C3%ADa-y-obstetricia/vaginitis,-cervicitis-y-enfermedad-pelviana-inflamatoria-epi/vaginosis-bacteriana>

https://www.salud.gob.sv/archivos/pdf/telesalud_2016_presentaciones/presentacion28012016/vaginosisbacteriana.pdf

http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1684-18242014000300009

894

2. HEMOGRAMA NORMAL

<https://www.salud.mapfre.es/pruebasdiagnosticas/laboratorio/hemogramma-analisis-sangre-y-valores-referencia/>

3. PARTO PREMATURO

<https://medlineplus.gov/spanish/ency/patientinstructions/000486.htm>

4. CORIOAMNIONITIS

<https://medicinafetalbarcelona.org/protocolos/es/patologia-materna-obstetrica/corioamnionitis.html>

<http://www.scielo.org.co/pdf/rcog/v59n3/v59n3a08.pdf>

<https://www.fucsalud.edu.co/sites/default/files/2017-09/3-CORIOAMNIONITIS.pdf>

5. SUFRIMIENTO FETAL

<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rcp/v44n6/art02.pdf>

6. NEUMONIA CONGENITA

<https://www.msmanuals.com/es/professional/pediatr%C3%ADa/infecciones-en-reci%C3%A9n-nacidos/neumon%C3%ADa-neonatal>

7. SEPSIS NEONATAL

<https://www.msmanuals.com/es/professional/pediatr%C3%ADa/infecciones-en-reci%C3%A9n-nacidos/neumon%C3%ADa-neonatal>

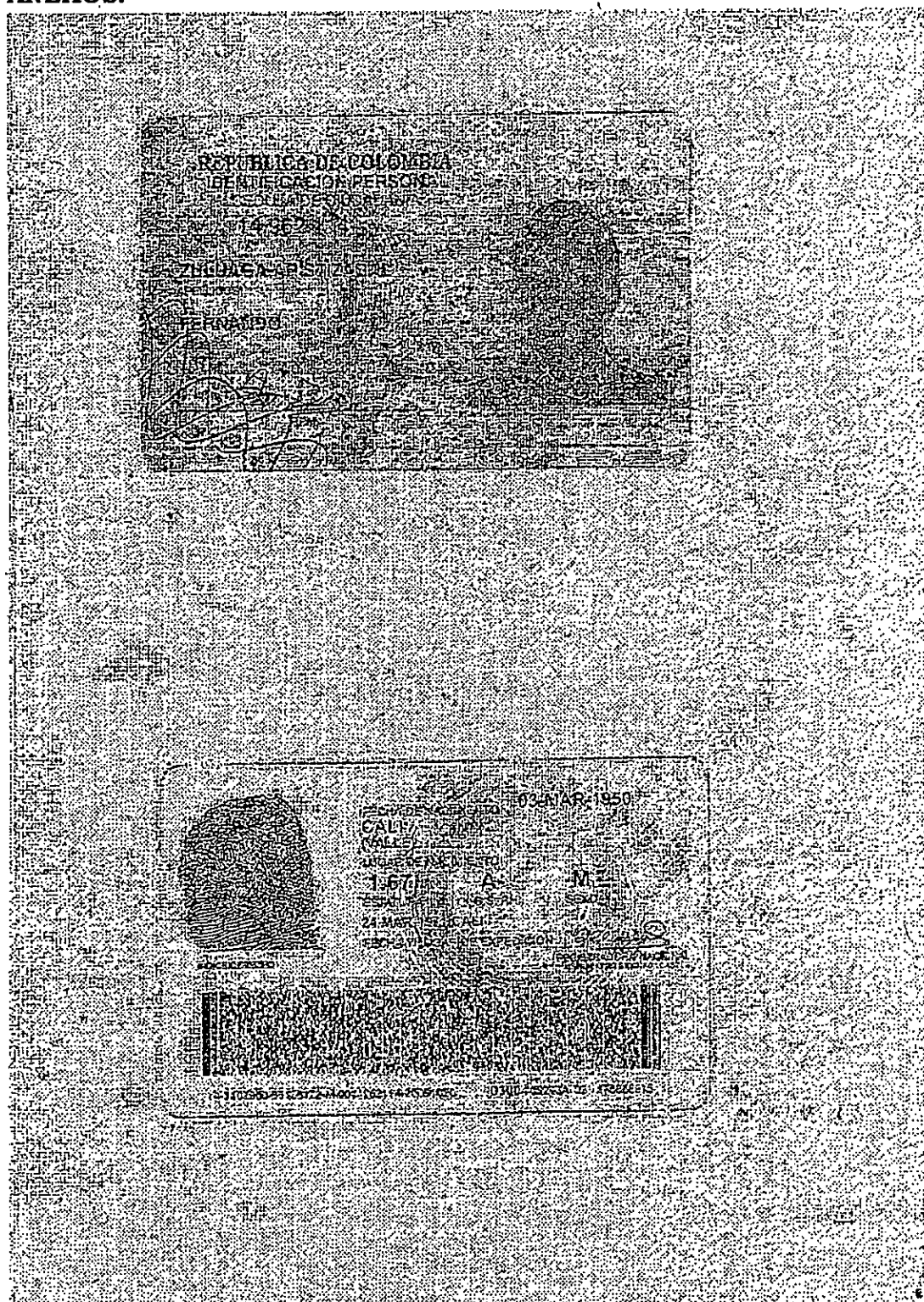


FERNANDO ZULUAGA ARISTIZABAL

C.C. 14962114

RM. 76-6149

ANEXOS:



La República de Colombia
y en su nombre



La Universidad del Valle

confiere el título de

Médico y Cirujano

a

Fernando Zuluaga Aristizábal

En testimonio de ello se expide el presente diploma en Cali, Valle del Cauca, el día 29 del mes de Noviembre de 1975 y lo refrenda con el sello de la Institución.

Emilio Saurio



Antonio

SECRETARIO DE LA UNIVERSIDAD

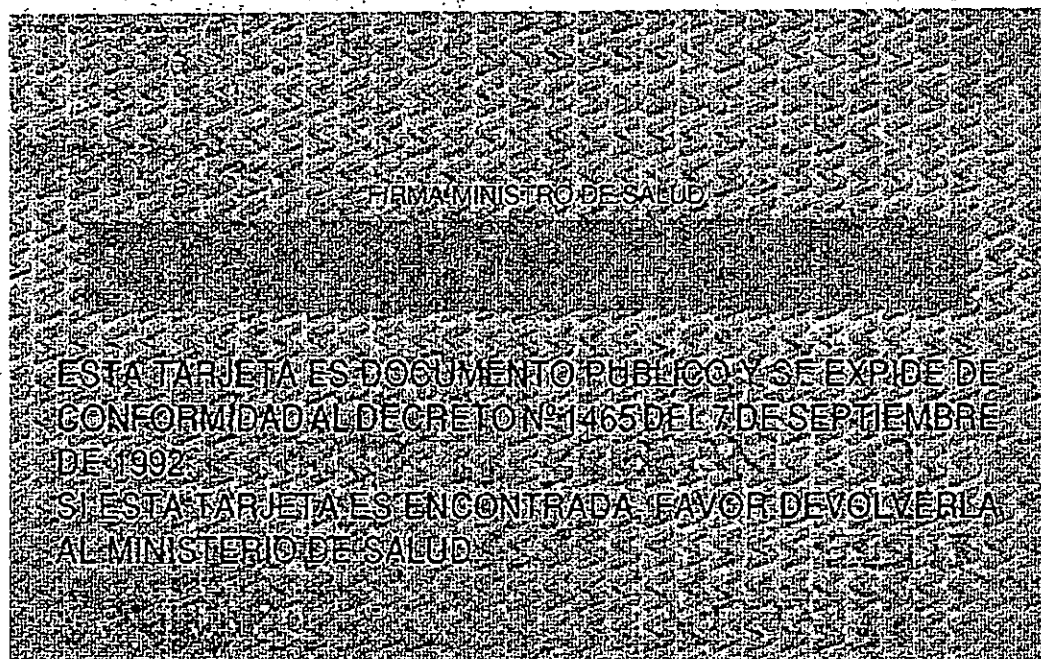
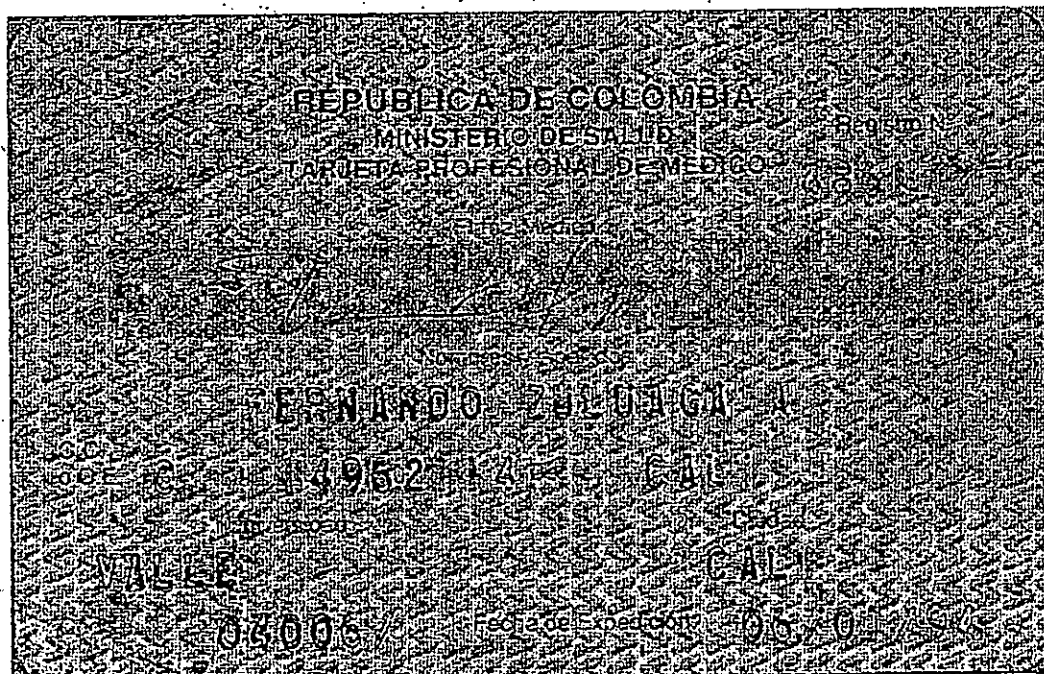
SECRETARIO DEL DEPARTAMENTO DE CALI

SECRETARIO DE LA UNIVERSIDAD

SECRETARIO DE LA UNIVERSIDAD

SECRETARIO DE LA UNIVERSIDAD

SECRETARIO DE LA UNIVERSIDAD





La Republica de Colombia
y en su nombre

La Universidad del Valle

confiere el título de

Especialista en Obstetricia y Ginecología

al Doctor

Fernando Zuluaga Arizaabal

[Handwritten signatures and stamps on the left side of the document, including a circular stamp from the University of Valle.]

[Handwritten signatures and stamps on the right side of the document, including a circular stamp from the University of Valle.]

Fernando Zuluaga Aristizábal
c.c 14'962.114 Cali
Carrera 104 # 11 -25 apartamento 201-1
Tel. casa: 333 - 6852
Tel. oficina: 487-8062
e-mail: fezuar@hotmail.com
Celular 315-5679589



• **PERFIL PROFESIONAL**

Médico Gineco-Obstetra con formación en Administración de Empresas (Magíster); con experiencia docente y administrativa. Habilidades y práctica extensa en cirugía ginecológica y urgencias obstétricas.

Profesional con orientación al liderazgo, al logro de objetivos, al trabajo en equipo; dinámico y con vocación docente.

Interesado en desarrollar la práctica Gineco-obstétrica y la cirugía ginecológica en la cual tiene amplia experiencia y gran habilidad demostrable.

Consciente y proactivo en la disminución de los costos de producción de los servicios quirúrgicos y clínicos.

• **EXPERIENCIA LABORAL**

Hospital San Juan de Dios – desde Mayo 1991 hasta Octubre de 2012

Obstetra de planta. Gerente del Servicio de Obstetricia durante 3 años.

Secretaria Municipal de Salud: Centro de Salud Siloé – desde 1990 a 1997

Gineco-Obstetra. Logro alcanzado: Disminución de la mortalidad materna y fetal en la Comuna correspondiente.

Universidad Libre: Facultad de Medicina – desde junio 1981 a febrero de 1989 Desde 2008 hasta Enero de 2018

Gineco-Obstetra. Coordinador de los programas clínicos en el Hospital San Vicente de Paúl de Palmira. Logros alcanzados: diseñar e implementar el programa académico de Gineco-Obstetricia en dicho Hospital.

Docente en el componente de Administración de la Facultad de Medicina.

Hospital San Vicente de Paúl – desde 1981 a 1985

Gineco-Obstetra de planta. Logro alcanzado: complementar el Servicio de Gineco-Obstetricia.

997

- **EDUCACION**

Universidad del Valle, Cali -1999
Magister en Administración de Empresas

Profamilia, Cali -1981
Laparoscopista

Universidad del Valle, Cali -1981
Especialista En Ginecología y Obstetricia

Universidad del Valle, Cali -1975
Medico Cirujano

- **OTROS ESTUDIOS**

Taller de integración docente asistencial, dictado por ASCOFAME, UNIVALLE y UNILIBRE.
Diplomado en Gestión de Calidad y Auditoría en Salud. Universidad Javeriana Cali

- **REFERENCIAS**

Laboral

Dr. Fernando Quintero
Gerente
Egocoop
Cel 315-5261572
CALI

Personal

Dr. Daniel Castaño
Anestesiólogo
Clínica Farallones
Cel: 317-4032751
CALI

Familiar

Doctora
Alba Lucia Valencia
Ginecologa HUV
Cel 3155679588
CALI

- **IDOMAS**

Inglés. Buena lectura. Escritura regular.
Francés: Buena lectura. Escritura regular

- **CURSOS DE ACTUALIZACIÓN**

Congreso Mundial de Menopausia: Madrid España. Mayo 2008

Actualización en Ginecología y Obstetricia. Universidad del Valle. Septiembre 2008

Ginecología y Obstetricia basada en las evidencias. Universidad Libre. Cali
Septiembre 2008

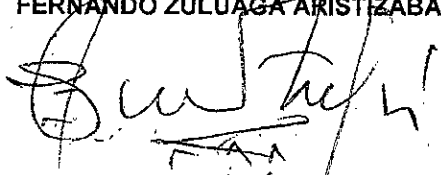
Congreso Latinoamericano de Perinatología. República Dominicana. Mayo 2006

- **SISTEMAS**

Manejo de Word, Excel y Power point.

FERNANDO ZULUAGA ARISTIZABAL

Cali, Octubre de 2019



898

EP 4430

861

REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DIECISÉIS CIVIL DEL CIRCUITO
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

Santiago de Cali, quince de diciembre de dos mil veinte

Rad. 76001 31 03 016.2018 0231 00

A fines de que continúe el trámite del proceso, se

RESUELVE

PRIMERO. Fijar fecha y hora para que tenga lugar la audiencia de que trata el artículo 372 de la ley 1564 de 2012, se marcan las 09.30 am del jueves cuatro (04) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Las partes y sus apoderados deberán concurrir el día y hora señalados, a través de las herramientas tecnológicas, so pena, de las sanciones procesales, probatorias y pecuniarias previstas en esa misma disposición.

Se recalca que la intervención de los sujetos procesales y del funcionario judicial serán telepresenciales, es decir, a través de los medios tecnológicos a disposición del Despacho o por cualquier otro medio puesto a disposición por una o por ambas partes, en los términos previstos en el artículo 7º del decreto legislativo 806 de 2020.

SEGUNDO. De conformidad con lo dispuesto en el párrafo de la norma en cita y con miras a evacuar también en la calenda señalada la audiencia de instrucción y juzgamiento de que trata el artículo 373 *ibidem*, el Despacho procede a resolver respecto de las pruebas aportadas y solicitadas por las partes:

PARTE DEMANDANTE

• "DOCUMENTALES"

Ténganse como prueba los documentos allegados con la demanda y con el escrito mediante el que se describieron las excepciones, en cuanto a derecho corresponda.

• "TESTIMONIAL"

Se decretan como prueba del proceso las declaraciones de Paula Andrea Arias Lozano, Melissa Gómez Kafuri (solicitada también por Clínica Farallones y EPS Servicio Occidental de Salud), Jorge Andrés Libreros Muñoz (solicitada también por Clínica Farallones y EPS Servicio Occidental de Salud), Paola Andrea Recalde Lozada (solicitada también por Clínica Farallones), Jorge Iván Velasco García (solicitada también por Clínica Farallones), Petronio Vinicio Pérez Álvarez, Alexandra Guarín (solicitada también por Clínica Farallones y EPS Servicio Occidental de Salud).

Dadas las calidades de los declarantes, estos testigos declararán como testigos técnicos; y viéndose que tales testimoniales fueron pedidas por otros de los sujetos procesales, se decreta en favor de cada uno de los petentes.

Se niega la declaración de las demandantes Zaquilly Camacho Morales y Luz Miriam Morales Arango, en calidad de testigos, dada la confusión en los roles de ellas de cara a este proceso.

No obstante, es del caso señalar que declararán en la audiencia, por virtud del interrogatorio oficioso que el Juzgado debe realizar a las partes del proceso.

• "INTERROGATORIO DE PARTE"

Se decreta como prueba el interrogatorio solicitado de los representantes legales, o quienes hagan sus veces, de EPS Servicio Occidental de Salud S.A. y Clínica Farallones S.A.; los cuales tendrán sitio en la audiencia virtual programada.

• "JURAMENTO ESTIMATORIO"

No se tiene en cuenta, habida cuenta que con la demanda se pretende la indemnización de perjuicios extrapatrimoniales, y por disposición del inciso VI del canon 206 del C. G. del P., el mismo no aplica para esta tipología de daños.

Por esta razón, tampoco se tendrá en cuenta la objeción efectuada contra este juramento.

¡Hasta aquí lo relativo a las pruebas aportadas o solicitadas por la parte demandante!

DEMANDADA Y LLAMADA EN GARANTÍA POR EPS OCCIDENTAL DE SALUD EPS CLÍNICA FARALLONES

• "DOCUMENTALES"

Ténganse como prueba los documentos allegados con la contestación de la demanda y en el llamamiento en garantía que hizo de Allianz Seguros S.A., así como también la documental que aportó en calidad de llamada en garantía por la codemandada EPS Servicio Occidental de Salud EPS, en cuanto a derecho corresponda.

• "TESTIMONIAL"

Véase el decreto que se hizo de esta prueba a petición de la parte actora.

Por lo demás, se decreta el testimonio técnico de Liliána Martínez Libreros, Andrés Felipe Ordóñez Bonilla, Mónica Patricia Cantor, William Darío García Gutiérrez.

¡Hasta aquí lo relativo a las pruebas aportadas o solicitadas por Clínica Farallones!

DEMANDADA EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD

• "DOCUMENTALES"

Ténganse como prueba los documentos allegados con la contestación de la demanda y los llamamientos en garantía que realizó de la codemandada Clínica Farallones SA, de Allianz Seguros S.A. y de COMFANDI, en cuanto a derecho corresponda.

• "INTERROGATORIO DE PARTE"

Se decreta como prueba el interrogatorio solicitado de los demandantes; los cuales tendrán sitio en la audiencia virtual programada.

• "TESTIMONIALES"

Ver el decreto que se hizo de esta prueba, a favor de la parte demandante.

[Hasta aquí lo relativo a las pruebas aportadas o solicitadas por EPS Servicio Occidental de Salud]

LLAMADO EN GARANTÍA POR SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD EPS, CONFAMDI

• DOCUMENTALES

Ténganse como prueba los documentos allegados con las contestaciones al llamamiento en garantía que se le efectuó, al llamamiento en garantía que hizo y a la contestación de la demanda; en cuanto a derecho corresponda.

• "DICTAMEN PERICIAL DE PARTE"

Se niega tener como prueba pericial el documento allegado por este extremo procesal, teniendo en cuenta que en el mismo se omitieron cuestiones de ley que resultan fundamentales para que pueda apreciarse como prueba tal laborio.

Véase en primera medida, que la supuesta pericia no explicó los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados ni indicó los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones.

Adicionalmente, el pretendido peritaje incumplió mínimos de ley, tales como que se dejó desprovista de los certificados de la experiencia profesional del experto; tampoco, se satisfizo en forma plena el ordinal 5º del artículo 226 de la ley 1564 de 2012, comoquiera que no se indicaron los casos en que ha sido designado como perito o en los que hubiera participado en tal laborio ni se atendieron los numerales 8º, 9º y 10, Cfr.

[Hasta aquí lo relativo a las pruebas aportadas o solicitadas por CONFAMDI]

LLAMADO EN GARANTÍA POR CLÍNICA FARALLONES Y SERVIL

• DOCUMENTALES

Ténganse como prueba las pólizas de aseguramiento que vincula a la llamada en garantía con sus llamantes.

¡Hasta aquí lo relativo a las pruebas aportadas o solicitadas por Allianz Seguros S.A.!

LLAMADO EN GARANTÍA POR CONFAMDI, CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.

• DOCUMENTALES

Ténganse como prueba los documentos que reposan en el plenario, en cuanto a derecho corresponda.

• "INTERROGATORIO DE PARTE"

Se decreta como prueba el interrogatorio solicitado de los representantes legales, o quienes hagan sus veces, de EPS Servicio Occidental de Salud S.A. y Clínica Farallones S.A.; los cuales tendrán sitio en la audiencia virtual programada.

¡Hasta aquí lo relativo a las pruebas aportadas o solicitadas por Chubb Seguros Colombia S.A.!

Deben tener presente los sujetos procesales, que les corresponde acreditar los supuestos fácticos de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen; no obstante, por las aristas particulares del caso que nos ocupa es preciso invertir el *onus probandi* en relación con si el procedimiento médico efectuado por el extremo pasivo de la acción judicial, en este caso, se ajustó a los cánones de la *lex artis médica*.

Lo anterior, dado que, considera el Despacho, le queda más fácil probar a los demandados, que son expertos en prestación de servicios profesionales en salud, atendieron medicamente en sus instalaciones a la parte actora y tienen en su poder la historia clínica de él; es decir, por tener una mejor posición para probar.

Por lo dicho y con fundamento en el artículo 167 del C. G. del P., el Juzgado le impone a la parte demandada que pruebe que la atención médica, asistencial y, de todo otro tipo, que prodigaron, fue adecuada y oportuna.

† A fin de que los demandados soliciten o aporten pruebas adicionales, el Juzgado les concede el término de diez (10) días contados a partir de la notificación de este proveído.

TERCERO. Para que se surta la audiencia, los intervinientes procesales en este asunto y sus apoderados, dentro del término de ejecutoria de la presente providencia, deberán aportar sus direcciones de correo electrónico y sus números de celular, los que les correspondan a sus testigos y

900

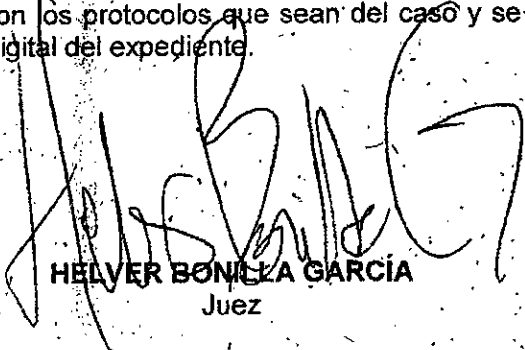
863

los de las demás personas que tengan interés en que intervengan en la audiencia, siempre que hubieran sido convocadas por el Juzgado.

Los emails y números telefónicos que se reporten serán tenidos como canales digitales para los fines de este proceso, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 3º del decreto legislativo 806 de 2020.

A los correos electrónicos se enviarán las invitaciones para la realización de la audiencia, con los protocolos que sean del caso y se gestionará el acceso en forma digital del expediente.

Notifíquese.


HELVER BONILLA GARCÍA
Juez

JUZGADO DIECISÉIS CIVIL DEL CIRCUITO
CALI - VALLE
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
En Estado N° 093 de hoy,
notifíquese a las partes el contenido
del Auto Anterior y 8 DIC 2020
Cali,
Secretaría 