

Señor(es)

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL SALA DE DECISION CIVIL POPAYAN

Magistrada Ponente: DORIS YOLANDA RODRÍGUEZ CHACÓN

E.S.D.

ASUNTO: SUSTENTACION RECURSO DE APELACION CONTRA SENTENCIA EMITIDA EL 09 DICIEMBRE DE 2022.

RADICADO: 19001 31 03 004 2021 00068 02

DEMANDANTE: MARTHA MERCEDES MENESES MOLANO

DEMANDADO: CLINICA LA ESTANCIA Y SANITAS EPS.

LLAMADOS EN GARANTIA: CHUBB SEGUROS/ DR GUILLERMO GARRIDO

IOHANA ANDREA HURTADO ALVAREZ, identificada como aparece al pie de mi correspondiente firma, en calidad de apoderada de **CLINICA LA ESTANCIA**, dentro del proceso de la referencia, por este medio dentro del término y oportunidad legal, con todo respeto procedo a presentar la sustentación del recurso de apelación presentado y debidamente admitido contra la sentencia No 18 emitida por el JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYAN, con el fin de que revoque la sentencia impugnada, a lo cual procedo de la siguiente manera:

CONSIDERACIONES PREVIAS

Los señores, **MARTHA MERCEDES MENESES, LISETH TATIANA LOPEZ MENESES; OSCAR EDUARDO LOPEZ, LISETH TATIANA LOPEZ MENESES; MARIA TERESA MOLANO, LUIS, EDUARDO MENESES MUÑOZ, (fallecido el 12 de julio de 2021) FRANCISCO EDUARDO MENESES MOLANO, RAQUEL SOFIA MENESES MOLANO, LAURA EDITH MENESES MOLANO y JUAN PABLO LOPEZ**, interpusieron demanda ORDINARIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACTRACONTRACTUAL, en contra de **SANITAS EPS y MI REPRESENTADA CLINICA LA ESTANCIA**, por medio del cual pretenden que se declare la responsabilidad civil extracontractual de las demandadas en virtud de presunta falla en la prestación del servicio médico por parte del personal de salud de la **CLINICA LA ESTANCIA S.A.** que presuntamente ocasiono la muerte del hijo de la señora **MARTHA MERCEDES MENESES MOLANO y OSCAR EDUARDO LOPEZ** en estado fetal, de 38 semanas de gestación y que derivado de lo anterior se condene a las demandadas a pagar indemnizaciones a título de perjuicios morales, para cada uno de los demandantes y **DAÑO A LA SALUD O DAÑO FISIOLÓGICO** presuntamente ocasionado a la señora **MARTHA MERCEDES MENESES MOLANO**.

Se encuentran vinculados al proceso como llamados en garantía de **CLINICA LA ESTANCIA** la aseguradora **CHUBB SEGUROS** y el Dr **GUILLERMO GARRIDO GINECOSTETRA**, quien brindo atención a la señora **MARTHA MERCEDES MENESES**.

DEL PROCESO

Tras la admisión de la demanda, la parte demandante presento reforma de la demanda la cual fue rechazada por medio de auto No. 666 notificado por estados el 22 de octubre de 2021, **CLINICA LA ESTANCIA**, procedió a contestar la demanda en oportunidad, con la cual se aportaron pruebas, se solicitaron pruebas, se presentaron excepciones y se realizaron llamamientos en garantía.

La audiencia 372 se celebró en las fechas :18 de mayo, 30 de junio y 01 de julio de 2022.

La audiencia 373 se celebró durante los días 7, 8 y 9 de septiembre de 2022 en la cual se emite sentencia desfavorable en contra de mi representada.

DEFINICIONES Y CONCEPTOS

Previo a la indicación de los reparos es pertinente entrar a definir y extraer ciertos conceptos:

NEGLIGENCIA: En la [Sentencia T-158/18](#). Encontramos que se describe negligencia Médica así: la negligencia médica se configura cuando el diagnóstico o tratamiento sea claro o único (un hecho objetivo) o cuando se omita un análisis exigido por la *lex artis* para casos determinados.

Se comete **negligencia** cuando se hace un diagnóstico erróneo o cuando no se acatan las prácticas **médicas** estándar.

Teniéndose entonces que la negligencia es cualquier conducta descuidada o inadecuada, que se aleja de la conducta estándar responsable, es decir, de la que se espera de una persona que actúa con razonable prudencia, en situación similar.

RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR: Artículo 1604 CC. El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sucedido por su culpa.

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.

DEFINICION DE HISTORIA CLINICA: La historia clínica, es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente y contiene los datos de los pacientes de acuerdo con la Ley 23 de 1981, por la cual se dictan normas en materia de ética médica y de acuerdo con el artículo 34 “La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado sometido a reserva que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la Ley”. Entiéndase que todos los datos de los pacientes son parte integral de la historia clínica. La historia clínica con todos los datos de salud constituye un documento privado que contiene detalles íntimos acerca de aspectos físicos, psíquicos y sociales del paciente, en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención, y en ella se relaciona información personal y familiar. Por regla general, dicha información no puede ser conocida por fuera del marco asistencial sin la autorización de su titular, teniendo en cuenta la información sensible que en ella se contiene en concordancia con lo establecido en la resolución 1995 de 1991 y la ley de protección de datos ley 1581 de 2012.

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD SGSSS: Es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos mediante el cual el Estado garantiza la prestación de servicios de salud a los(as) colombianos(as),

de acuerdo con lo establecido en las Leyes 100 de 1993, 1122 de 2007, 1438 de 2011, Decreto 780 de 2016 y las normas que la reglamentan y desarrollan.

FUNCIONES DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD: Las Entidades Promotoras de Salud tendrán las siguientes funciones:

1. Ser delegatarias del Fondo de Solidaridad y Garantía para la captación de los aportes de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud.
2. Promover la afiliación de grupos de población no cubiertos actualmente por la Seguridad Social.
3. Organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional. Las Empresas Promotoras de Salud tienen la obligación de aceptar a toda persona que solicite afiliación y cumpla con los requisitos de Ley.
4. Definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las Instituciones Prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia.
5. Remitir al Fondo de Solidaridad y Compensación la información relativa a la afiliación del trabajador y su familia, a las novedades laborales, a los recaudos por cotizaciones y a los desembolsos por el pago de la prestación de servicios.
6. Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.
7. Las demás que determine el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

ORGANIZACIÓN DEL ASEGURAMIENTO (ARTÍCULO 14): la Ley 1122 del 2007 ratifica la responsabilidad de las EPS, como asegurador, de la gestión y coordinación para la prestación del servicio de salud, Para efectos de esta ley entiéndase por aseguramiento en salud, **la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores** sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud.

Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento. Las entidades que a la vigencia de la presente ley administran el régimen subsidiado se denominarán en adelante Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS). Cumplirán con los requisitos de habilitación y demás que señala el reglamento. (...)

FUNCIONES DE LAS INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD: Son funciones de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados. Las Instituciones Prestadoras de Servicios deben tener como principios básicos la calidad y la eficiencia, y tendrán autonomía administrativa, técnica y financiera.

Resolución número 00004343 de 2012 del ministerio de salud esta claramente definidos los deberes del paciente así:

“4.3. Capítulo de deberes. Son deberes del afiliado y del paciente, los siguientes: Propender por su autocuidado, el de su familia y el de su comunidad. Atender oportunamente las recomendaciones formuladas por el personal de salud y las recibidas en los programas de promoción de la salud y prevención de la enfermedad. Actuar de manera solidaria ante las situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas. Respetar al personal responsable de la prestación y administración de los servicios de salud. Usar adecuada y racionalmente las prestaciones ofrecidas por el sistema de salud, así como los recursos del mismo. Cumplir las normas del sistema de salud. Actuar de buena fe frente al sistema de salud. Suministrar de manera voluntaria, oportuna y suficiente la información que se requiera para efectos de recibir el servicio. Contribuir al financiamiento de los gastos que demande la atención en salud y la seguridad social en salud, de acuerdo con su capacidad de pago”

REPAROS E INCONFORMIDADES DE LA SENTENCIA DEL ADQUO

ERROR DE HECHO FRENTE A LA VALORACION DE LAS PRUEBAS, INTERPRETACIÓN DE LO MANIFESTADO POR LOS MEDICOS APARTÁNDOSE DE LO PROBADO, IMPOSIBILIDAD DE PROBAR LA CAUSA DEL OBITO FETAL, CONDENA BASADA EN PRESUNCION DE LA CAUSA MATERIAL OBJETO DE LITIGIO, VULNERACION AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA, VULNERACION AL DEBIDO PROCESO, INDEBIDA TASACION DE PERJUICIOS, CONDENA SIN QUE EXISTAN LOS ELEMENTOS PROPIOS DE LA RESPONSABILIDAD, VULNERACION AL ONUS PROBANDI (EL QUE ALEGA EL HECHO DEBE PROBAR),

Señores magistrados, Es necesario poner de presente que en proceso de la referencia, el adquo no le dio la adecuada valoración a las pruebas obrantes en el proceso y desconociendo las mismas, teniéndose que es deber del operador judicial analizar el proceso en su integralidad, aunado a esto no se tuvo elementos probatorios suficientes para la decisión Tomada por el despacho, puesto que en el proceso de la referencia no existe una prueba idónea que dé cuenta de cuál fue la verdadera causa del óbito fetal, pues es claro que **CLINICA LA ESTANCIA** por medio de su equipo medico dio orden para realizar el estudio **ANATOMOPATOLOGICO**, tanto al feto como de la placenta, a fin de tener una certeza de la causa del óbito fetal, pero el señor **OSCAR LOPEZ**, quien es extremo activo en este litigio en calidad de demandante, no permitió la realización de este estudio lo que hace que no exista prueba que de la certeza del acaecimiento del óbito fetal, luego entonces no es posible que prosperen las pretensiones de la demanda por cuanto las mismas están orientadas a declarar la responsabilidad de mi representada en el acaecimiento del mismo y al no existir prueba ni siquiera de la causa no es posible tampoco indilgarle responsabilidad del mismo a nadie, por lo que con esta apreciación la señora juez se aparta de lo probado y al emitir condena esta vulnerando el principio de congruencia el cual se erige como una verdadera garantía del derecho fundamental al debido proceso de las partes en el proceso judicial, en el sentido que al juez de la causa solo le resulta permitido emitir pronunciamiento con base en lo pretendido, lo probado y lo excepcionado dentro del mismo, sin que sea dable dictar sentencias por fuera de ello, apartándose entonces esta decisión de lo probado en el proceso y de lo pretendido por los demandantes, pues esta idóneamente probado con el peritaje de Cirugía General y además ratificado por los demás peritos, que la paciente efectivamente tenía un foco infeccioso consistente en apendicitis perforada con peritonitis, pero no estaba cursando con una sepsis, esto con base en los criterios de la comunidad científica y no es posible asegurar que el óbito fetal ocurre como consecuencia de sepsis materna si este diagnóstico no está objetivamente sustentado, como en el caso de la referencia que no se pudo hacer el estudio; ahora bien en el hipotético caso que existiera prueba de que el óbito se dio presuntamente por sepsis tampoco sería indilgable a mi representada por cuanto no habían criterios para sospechar de la misma y esto corresponde es a una patología presentada por la señora **MARTHA MERCEDES** no prevenible por nadie ni siquiera por ella, no siendo la misma derivada de una conducta de mi representada y mucho menos de su equipo médico.

Ahora bien, entre el acervo probatorio existente en el proceso se encuentran (Historia Clínica, Monitorias fetales, dictámenes periciales dos de GINECOSTETRICIA, uno del área de CIRUGIA GENERAL y otro de Psicología, aportados dos por parte demandante y dos por CLINICA LA ESTANCIA, ASI: EL RENDIDO POR EL DR HENRY ARMANDO MUÑOZ SEGOVIA(GINECOSTETRICIA) y la Dra LILA AURA PINEDA MEDINA (PSICOLOGA) por los demandantes y EL RENDIDO POR EL RODOLGO CASAS (GINECOSTETRICIA) y EL RENDIDO POR EL JUSTY ROMERO(CIRUGIA GENERAL) por Clínica la Estancia.

Si bien es cierto señores Magistrados que los dictámenes de GINECOSTETRICIA presentan criterios diferentes, es muy importante resaltar que ambos coinciden en que el plan de manejo que correspondía para la paciente **MARTHA MERCEDES MENESES**, de 38 semanas de gestación tras la monitoria del 22 de mayo de 2018 era de observación, vigilancia y monitoreo para posterior revaloración y definirle el plan de manejo, situación que no fue tenida en cuenta por la juez, pues es claro que el plan de manejo dado por el equipo medico de **CLINICA LA ESTANCIA**, estuvo ajustado a la **LEX ARTIX** situación corroborada además con los dos peritaje que aunque disienten en otros aspectos son unísonos al manifestar cual era la conducta que correspondía, siendo claro que lo exigible para el profesional de la salud y el equipo médico respecto de atención en un caso igual al de la paciente **MENESES**, era el actuar que se encuentra consignado en la historia Clínica, es decir no le exigible conductas diferentes a las acogidas por el equipo medico tratante, siendo entonces desacertado, apartado de lo probado la manifestación de la juez de que el Feto estuvo abanado por casi doce horas cuanto obra en la Historia Clínica prueba de la atención brindada, de las indicación y planes de manejo correspondientes a dejarla en observación, realizarle mediciones de frecuencia cardiaca además de otras valoraciones en su atención en concordancia con lo que la paciente informaba y permitía dada su poca colaboración con el equipo médico.

Aparece en la Historia Clínica que la monitoria fetal del 22 de mayo de 2018 es clasificada como categoría 1, a lo que el Dr Garrido manifestó que fue un error de digitación, verbigracia quedo claramente probado que esto no afecto el manejo pues el tratamiento suministrado a la paciente era el que correspondía, que era observación vigilancia y posterior revaloración; obrando en el expediente prueba de que la paciente fue atendida por los siguientes profesionales de la salud de la especialidad de **GINECOSTETRICIA: JAVIER EDUARDO PEREZ PUERTA, GUILLERMO GARRIDO, JAIME PAZ MERA, JUAN SEBASTIAN SANDOVAL ESTRADA, JUAN CARLOS VANEGAS LOPEZ**, profesionales todos altamente capacitados y con la experticia suficiente, teniéndose que todos coincidieron en el plan de manejo brindado a la paciente, ratificando la conducta desplegada por el Dr Garrido de dejar en Observación y vigilancia para posteriormente revalorar y determinar conducta, valga decir que al cambiar la situación de la paciente se cambio la conducta, esto es cuando a la toma de las frecuencias cardiacas no se osculta fetocardia y se hace barrido ecográfico en el cual no hay actividad fetal, no fetocardia, y se sospecha óbito fetal por presunto abrupcio de placenta, allí se cambia la conducta y deciden llevar a cesárea, dada la situación Clínica arrojada por la paciente que es diferente a la mostrada en las atenciones de la precedencia, siendo entonces totalmente desacertado y peligrosa la interpretación que hace LA SEÑORA JUEZ CUARTA CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYAN, al manifestar que los médicos no vieron la Monitoria y la conducta desplegada o que si la vieron todos se equivocaron al continuar con la misma conducta y no cambiarla, siendo claro que los médicos examinan y valoran pacientes no exámenes, pues los diferentes exámenes son ayudas diagnosticas para los profesionales de la salud que además en concordancia con la ley 1995 de 1999 reposan sus resultados en la Historia Clínica, por lo que la apreciación por demás subjetiva de la señora Juez es contraria a las pruebas pues el perito de los demandantes manifestó a pregunta realizada por el Dr Harol Aristizabal apoderado del Dr Guillermo Garrido Llamado en garantía dentro de este proceso, que el plan de manejo era observación y vigilancia para posterior revaloración refiriéndose claramente a la conducta a seguir tras la monitoria del 22 de mayo de 2018, y el DR Rodolfo casas manifestó de manera contundente que el hubiera actuado en igual sentido que los profesionales

de la CLINICA LA ESTANCIA, siendo entonces pertinente manifestar que la conducta desplegada por el equipo médico de mi prohijada, estuvo ajustado a la lex artix, siendo el actuar esperado y el que hubiese desplegado sus pares tal como lo realizaron los profesionales que revaloraron y como claramente lo manifestaron los peritos, no teniendo entonces soporte probatorio el argumento esbozado por la JUEZ, quien se aparta del acervo probatorio realizando interpretaciones que no corresponden con lo probado dentro del proceso, desconociendo que se probó que la vigilancia y monitoria también se hace con la toma de frecuencia cardiaca de lo que obra suficiente prueba en la Historia Clínica y esta resumida por el perito Dr CASAS, dentro de su escrito de peritaje, que si bien es cierto se equivocó en un número de folio de la HISTORIA CLINICA, esto no cambio el sentido del peritaje ni la cantidad de toma de frecuencias cardiacas haciendo seguimiento a la paciente, como claramente él lo manifestó, olvidando la señora juez las pruebas que soportan que la paciente no quiso pasar a observación, que se tornó una paciente poco colaboradora haciendo aún más difícil el trabajo de los profesionales de la salud, y que a pesar de ello se le brindo la atención requerida, existiendo repetidamente notas en la historia Clínica que dan cuenta de ello, tales como: PACIENTE NO SE DEJA EXAMINAR, hay una a las 8:10 y otra a las 22:50, del 22 de mayo de 2018 también obra en la Historia Clínica que la paciente no se deja realizar ningún procedimiento, que es pasada a observación para monitorizar pero que la paciente insiste en no dejarse hacer nada, obra prueba de que es una paciente de difícil AUSCULTACION DE FETOCARDIA. SIGUE SIN COLABORAR, por lo que el DR PEREZ ORDENA BAJAR A ECOGRAFIA. PARA CORROBORAR BIENESTAR FETAL, esto es concordante con nota de LA HISTORIA CLINICA. "22/05/2018 22:17:01 REFIERE QUE NO PERCIBE MOVIMIENTOS FETALES SE INTENTA AUSCULTAR FCF PERO LA PACIENTE ES POCO COLABORADORA NO PERMITE ACOMODARLA EN BUENA POSICION SE INFORMA A GINECOLOGO DE TURNO QUIEN INTENTA REALIZAR TACTO VAGINAL Y AUSCULTAR FCF PERO AUN ASI LA PACIENTE NO COLABORA ORDENA COLOCAR CANULA NASAL Y TRASLADARLA DE MANERA INMEDIATA A TOMA DE ECOGRAFIA"

Ahora bien señores magistrados, existe prueba en el expediente que la paciente manifestaba que no podía respirar, por lo que fue comentada con medicina interna dado la situación Clínica que reportaba, especialidad que ordena exámenes de rayos x de tórax, el cual arroja como normal, se ordena manejo con líquidos para evitar acidosis, y se descarta tromboembolismo pulmonar y evento coronario actuándose en concordancia con la LEX ARTIX, descartándose el Tromboembolismo pulmonar y el evento cardiaco, siendo así las cosas es impreciso manifestar que para este momento había indicación de sospecha de sepsis en la paciente como erradamente lo manifiesta el despacho en la sentencia interpretando bajo su criterio apartándose de las pruebas obrantes en el proceso, puesto que en el caso de la referencia quedo claramente probado con los peritajes, especialmente con el del Dr Justy Romero especialista en Cirugía General, que nunca existió sospecha de sepsis en la paciente, ni sospecha de que estaba cursando una peritonitis y mucho menos que esta fuera retrocecal, pues el perito claramente explico al despacho que la paciente curso un cuadro Clínico atípico, pues dentro de los síntomas que reportaba no se daban criterios para sospechar de una peritonitis retrocecal, que de por si es un cuadro de difícil diagnóstico, lo cual fue corroborado por todos los peritos, verbigracia obra la explicación acerca de la herramienta correspondiente a la escala de Alvarado para poder entrar a sospecha de un caso de apendicitis aguda, analizando uno a uno los ítems quien descarto que la paciente encuadrara para sospecha de ello, siendo claro que la paciente jamás presento signos de leucocitosis en los exámenes realizados, no tubo fiebre, no presento signos de irritación perineal, no tubo signos de rebote, no manifestó falta de apetito ni vómitos, siendo errada la calificación que hace la juez de ad quo encajando el caso de la señora MARTHA MERCEDES como sospechoso de sepsis cuando los médicos peritos que depusieron en el proceso claramente manifestaron que no había una situación alguna que le diera lugar a los profesionales de la salud para sospechar de la apendicitis retrocecal y mucho menos que existían criterios que dieran lugar a hablar de presencia de un cuadro séptico en la paciente, verbigracia no se puede dejar de lado que los médicos trabajan es sobre la integralidad de los pacientes, revisando además toda su condición Clínica, que para el momento era de embarazo y aunado a ello con la paciente que para

este caso en concreto puso trabas en la atención, por cuanto considera esta apoderada que la juez de primera instancia dio una inadecuada valoración a las pruebas argumentando cosas que no fueron probadas por los especialistas, y apartándose de lo probado como lo es QUE LA APENDICITIS AGUDA LA URGENCIA QUIRÚRGICA MÁS FRECUENTE EN PACIENTES GESTANTES Y NO GESTANTES, QUE NO SIEMPRE TIENE UNA PRESENTACIÓN CLÍNICA CARACTERÍSTICA QUE PERMITA SOSPECHARLA DESDE UN COMIENZO, TENIÉNDOSE QUE EN LAS PACIENTES EMBARAZADAS SE DIFICULTA AÚN MÁS Y ENTRE MÁS AVANZADO EL EMBARAZO MÁS DIFÍCIL, AUNADO QUE POR SU CONDICIÓN DE EMBARAZO CAMBIA LA POSICIÓN ANATÓMICA PORQUE DESPLAZA LOS ÓRGANOS INTERNAMENTE, CONFLUYENDO ENTONCES CIRCUNSTANCIAS PARA ENMASCARAR EL CUADRO CLÍNICO Y DIFICULTAR EL DIAGNÓSTICO TEMPRANO LO CUAL SE HA ASOCIADO A UNA TASA MAYOR DE PERFORACIONES COMPARATIVAMENTE CON LA POBLACIÓN GENERAL CONDUCIENDO A COMPLICACIONES TALES COMO LA PERITONITIS, QUE LA POSICIÓN RETROCECAL CONVIERTE LOS CUADROS AUN EN MÁS BIZARROS PUESTO QUE CAMBIA LA POSICIÓN Y LA SINTOMATOLOGÍA ES AUN MAS EXTRAÑA, SIENDO UN CUADRO DE DIFÍCIL DIAGNOSTICO EN CUALQUIER PACIENTE Y AUN MÁS DIFÍCIL EN UNA EMBARAZADA Y TODAVÍA MÁS EN EL TERCER TRIMESTRE DE GESTACIÓN, LA PACIENTE NO PRESENTO SEPSIS POR LO MENOS HASTA EL MOMENTO DE SER LLEVADA A LA CESÁREA POR SOSPECHA DEL ABRUPCIO DE PLACENTA.

Su señoría el dictamen rendido por el DR HENRY ARMANDO MUÑOZ, trae a colación conceptos que se probaron claramente se encuentran en desuso como lo es Sufrimiento fetal, aunado a ello se basa en unas monitoria fetales que la apoderada claramente manifestó en diligencia 372 que ella amplio en un aparato y escaneo para mejorar la resolución situación que le resta credibilidad a los mismos por cuanto ellos no obedecen a un documento cualquiera si no a imágenes derivadas de un monitoreo fetal, aunado a ello para la fecha de la toma de estas monitorias las impresiones se realizaban en un papel que se borra rápidamente y aunado a ello que se miden en tiempo, situación que resta credibilidad pues lo coherente hubiese ido ir a la fuente de lo cual no hay evidencia alguna de solicitudes ni de parte de la demandante, ni de su apoderada ni mucho menos del perito Dr Henry.

Señores magistrados respecto del dictamen psicológico al cual la señora juez le da plena credibilidad es preciso manifestar que una cosa es la parte psicológica objeto del dictamen y otra cosa muy diferente es hacer referencia a dolores físicos que además no fueron objeto de ese dictamen y a todas luces no tiene soporte para poder hacer referencia ellos, aunado a que es claro que la perito ni siquiera consulto los antecedentes psicológicos de la paciente como para si poder hacer referencia a temas que no son de su resorte por conocimiento y que no le constan por que no fue testigo presencial, ahora bien no es óbice sentir un dolor para no dejarse atender adecuadamente, o para no acoger las recomendaciones dadas por su médico tratante, por cuanto es claro que eso dificulta la labor del galeno.

Ahora bien, es deber del juez propender por esclarecimiento de los hechos que van a fundamentar su decisión previamente a dictar fallo, por lo que es preciso relacionar apartes de la sentencia T-074-18 ASI:

- “FACULTADES Y PODERES DEL JUEZ-Deber de practicar pruebas de oficio en los procesos que se surten ante la jurisdicción ordinaria y de lo contencioso administrativo

- FACULTAD OFICIOSA DEL JUEZ-Importancia

- JUEZ EN EL PROCESO CIVIL-Goza de amplias potestades para la recaudación de pruebas

- La legislación nacional, así como la jurisprudencia constitucional y ordinaria, ha reconocido un rol al juez que lo faculta no solo para la adopción de una rápida solución al asunto jurídico puesto a su jurisdicción, sino que,

además, en razón de la necesidad de esclarecer la verdad de los hechos y garantizar una efectiva tutela de las garantías fundamentales, las autoridades judiciales gozan de amplias potestades para la recaudación de pruebas.”

Ahora bien, se avizora una clara vulneración al debido proceso toda vez que en ningún momento solo hasta el fallo EL ADQUO hablo de carga dinámica de la prueba dentro del proceso de la referencia, la fijación del litigio quedo direccionada a que los demandantes pudieran demostrar si existió o no negligencia o irregular atención que diera lugar a sus pretensiones, siendo preciso indicar que en el caso que nos ocupa los demandantes con la demanda aportaron peritajes, teniendo entonces ellos capacidad para aportar pruebas, y que además mi representada aportó la Historia Clínica y dos dictámenes periciales de la materia objeto de litigio, y con todo este material probatorio obrante en el proceso nos encontramos entonces frente a una imposibilidad probatoria respecto del Obito fetal, habida cuenta que el hoy demandante fue quien no permitió hacer el estudio que determinara el OBITO FETAL y diera claridad en este sentido, LA JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA, hace referencia a nota que dice que fue por la sepsis, dejando de lado a los peritos del proceso quienes claramente indican que para saber con certeza la causa del óbito fetal se requiere un estudio y no lo hay, por que como insisto uno de los demandantes no lo permitió, y manifiesta que por la carga dinámica de la prueba éramos llamados a probar la causa diferente a la alegada siendo algo imposible, por las razones expuestas, luego entonces no se puede alegar que estábamos en la obligación de probar o desvirtuar lo imposible dado que en su momento los demandantes renunciaron al derecho de saber la causa del óbito fetal a pesar de mi prohijada haberlo ordenado en adecuada forma.

Ahora bien, si El operador judicial de primera instancia consideraba requerir más información para fallar de fondo debió de haber agotado los recursos a su alcance a fin de esclarecer los hechos, siendo claro que la medicina es una ciencia que no es exacta y de la cual solo los expertos pueden realizar análisis de exámenes, no siendo acertado sacar conjeturas pues la señora juez interpreta situaciones que no fueron dichas en el proceso, tales como que si se le hubiera hecho una ecografía al feto tras la monitoria, teniéndose señores magistrados que no había indicación de la misma y que las frecuencias cardiacas son monitoreos validados al igual como un monitoreo electrónico.

Claramente la demandante señora Martha Mercedes en su interrogatorio confeso que no se dejaba examinar, se encuentra claramente establecido que la señora tenía cuello probado por lo que se esperaba un parto normal, que además la señora tenía un antecedente de haber tenido un parto y que al día siguiente el neonato falleció con ocasión a falla congénita y aunado a ello la existencia de una doble circular al cuello encontrada al practicar la cesárea la cual no había reportado en los exámenes tomados previamente ni en el control del embarazo, situaciones estas que pudieron incidir en el fatal desenlace de las cuales se aparta la señora juez, teniendo hipótesis de que si se hubiese hecho cesárea cuando no había indicación de ello él bebe habría nacido vivo siendo claro que eso es imposible de probar científicamente, pues claramente se sabe que una paciente puede estar perfecta y todo no salir como se espera, para ejemplo el primer embarazo de la demandante el cual no tuvo ninguna alteración en su desarrollo, el parto fue normal y él bebe nació con falla congénita cardiaca la cual no se avizoro en los exámenes de control materno, situación que da cuenta de lo inapropiado que es aseverar un tema como estos y que además genera gran incertidumbre en si el nuevo feto cursaría o no con la misma situación. En el caso que nos ocupa la juez de instancia falla sin tener en cuenta que existe una Incertidumbre científica, respecto del estado de salud del feto y por ende de su hipotético nacimiento y vida.

Ahora bien es preciso manifestar que existe precedente jurisprudencial frente a la tasación de perjuicios siendo para las víctimas directas hasta SESENTA MILLONES DE PESOS (\$60.000.000) ósea como techo máximo, lo que quiere decir que puede ser menor el valor lo cual esta al arbitrio del juez, en este caso se concedió el valor máximo,

para los directos, lo cual no se compadece además con el actuar de los demandantes especialmente de la paciente quien no colaboro con su propia atención, aunado a ello al hijo ósea hermano le reconocen igual valor siendo que en este sentido el precedente habla del 50% de lo reconocimiento a los directos, siendo claro que esta la tasación realizada de manera indebida dado que no respeta el precedente jurisprudencial, siendo un error.

Es preciso manifestar que las fuentes tenidas como bases por los jueces deben de estar en firme siendo así el caso manifestado por la señora juez como precedente jurisprudencial contraria esta situación generando inestabilidad jurídica y correspondiendo a un caso de connotación diferente, por cuanto

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Es necesario indicar que es el debido proceso un derecho fundamental consagrado en la constitución política de Colombia, siendo entonces claro, que hace parte de este garantizar, que se desarrollen los procesos con garantías por las partes.

“Sentencia C-341/14, DERECHO AL DEBIDO PROCESO-Definición/DEBIDO PROCESO-Garantías

La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. Hacen parte de las garantías del debido proceso: (i) El derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (iii) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso; (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; (v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas.”

Ahora bien en concordancia del debido proceso y las garantías para las partes integrantes de un litigio es necesario tener de presente el Principio de **la necesidad de la pruebas, la adecuada valoración de las mismas**, fundamentar la sentencia, con **pruebas** aportadas en el **proceso de manera idónea** por cualquiera de las partes, en el caso en concreto la señora Juez desestimo el peritaje del dr casas y valoro el del Dr Henry a pesar de que el mismo hace referencia a definiciones que están en desuso desde hace más de 10 años,

Es **obligación del juez** decretar **prueba de oficio** cuando de ella se pueda determinar aspectos relevantes para el objeto en litigio.

«Así las cosas, para la ponderación de los daños extrapatrimoniales, se acude al denominado “*arbitrium judicis*” o “*recto criterio del fallador*”, atendiendo “(...) el marco fáctico de circunstancias, condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, situación o posición de la víctima y de los perjudicados, intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre y demás factores incidentes conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador (...)”².

Bajo ese contexto, la tasación realizada por esta Corte en algunos eventos donde se ha reclamado indemnización del perjuicio moral para los padres, hijos y esposo(a) o compañero(a) permanente de la persona fallecida o víctima directa del menoscabo, se ha establecido regularmente en \$60´000.000,00,³ lo cual implica, *prima facie*, que dicha cuantía podrá ser guía para su determinación.»-

Esto quiere decir que puede ser hasta este valor y no solamente

La Corte Constitucional en Sentencia SU768/14, la ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Requisitos generales y especiales de procedibilidad.

JUEZ EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Significado y sentido de la labor/DIRECCION DEL PROCESO JUDICIAL EN EL MARCO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El Juez del Estado social de derecho es uno que ha dejado de ser el “frío funcionario que aplica irreflexivamente la ley”, convirtiéndose en el funcionario -sin vendas- que se proyecta más allá de las formas jurídicas, para así atender la agitada realidad subyacente y asumir su responsabilidad como un servidor vigilante, activo y garante de los derechos materiales. El Juez que reclama el pueblo colombiano a través de su Carta Política ha sido encomendado con dos tareas imperiosas: (i) la obtención del derecho sustancial y (ii) la búsqueda de la verdad. Estos dos mandatos, a su vez, constituyen el ideal de la justicia material. El derecho sustancial es aquel que se refiere a los derechos subjetivos de las personas, en oposición al derecho formal que establece los medios para buscar la efectividad del primero. Bajo los principios de la nueva Constitución se considera que la justicia se logra precisamente mediante la aplicación de la ley sustancial. Ahora bien, “no se puede perder de vista que una sentencia justa solo se alcanza si el juez parte de una base de conocimiento que pueda considerarse, en cierta medida, verdadera, lo que le impone la obligación de **hallar el equilibrio perfecto entre la búsqueda del valor de la verdad y la efectividad del derecho material**”. De esta manera, aunque no sea posible ontológicamente establecer un acuerdo sobre qué es la verdad y si esta es siquiera alcanzable, jurídicamente “**la aproximación a la verdad es un fin, un principio y un derecho constitucional que se impone a las autoridades y a los particulares**”. Así las cosas, el marco filosófico de la Constitución Política de 1991 convoca y empodera a los jueces de la República como los primeros llamados a ejercer una función directiva del proceso, tendiente a materializar un orden justo que se soporte en decisiones que consulten la realidad y permitan la vigencia del derecho sustancial, y con ello la realización de la justicia material.

PRUEBA DE OFICIO EN LOS ESTATUTOS PROCESALES-Facultad del juez para distribuir las cargas procesales

PRUEBA DE OFICIO-Importancia/DECRETO DE PRUEBAS DE OFICIO-Relevancia constitucional

¹ De ningún modo “arbitrario” o “irracional”.

² CSJ AC 240 de 14 de sep. de 2000, exp. 9033-97.

³ Doctrina probable consolidada en las sentencias SC1395-2016, SC15996-2016, y SC9193-2017. No obstante, si bien dicho montó en la sentencia SC5686-2018 (caso tragedia de Machuca) se reajustó, según las particularidades del caso, en \$72´000.000,00, dicha cifra se corresponde con las graves consecuencias del daño causado producto de una tragedia colectiva.

En relación con las pruebas de oficio, la jurisprudencia constitucional ha respaldado su legitimidad e incluso sostenido su necesidad, partiendo de la idea de que la búsqueda de la verdad es un imperativo para el juez y un presupuesto para la obtención de decisiones justas. Tal potestad no debe entenderse como una inclinación indebida de la balanza de la justicia para con alguna de las partes, sino como “un compromiso del juez con la verdad, ergo con el derecho sustancial”. El decreto oficioso de pruebas no es una mera liberalidad del juez, es un verdadero deber legal. De acuerdo a esta Corporación, el funcionario deberá decretar pruebas oficiosamente: (i) cuando a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que estas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia; (ii) cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o (iii) cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material; (iv) cuidándose, en todo caso, de no promover con ello la negligencia o mala fe de las partes.

Para Devis Echandía la carga de la prueba tiene una doble connotación, en primer lugar es una regla para el juez en la medida en que le indica cómo fallar ante la ausencia de prueba, y en segundo lugar, es una regla para las partes, a quienes les indica cuáles hechos deben probar para que sean estimadas las pretensiones o las excepciones. (Devis Ecahndia, 1998)

Siendo claro que cuando se habla de carga dinámica de la prueba se hace referencia a la búsqueda del equilibrio entre las partes y la necesidad de intervención del operador judicial para propender por la igualdad en el proceso a quienes son extremos procesales, de donde se traslada la función de probar a quien esta en mejores condiciones para ello, descendiendo esto en el caso de la referencia tenemos que: los demandantes con su demanda aportan dos peritajes luego entonces tienen la capacidad de aportar pruebas al proceso, además de ello en la fijación del litigio reitero nada se dijo frente a que se aplicaría carga dinámica de la prueba pues por el contrario quedo establecido de que los demandantes probarían como está establecido según el principio del ONUS PROBANDI, verbigracia “IMPOSSIBILIMUM NULLA OBLIGATIO” nadie está obligado a lo imposible, en este caso no es posible establecer la causa del óbito fetal, tal como se encuentra probado con los diferentes peritajes dado que fue el DEMANDANTE OSCAR EDUARDO LOPEZ, quien no permitió que se realizara el examen necesario para hoy poder dirimir esa incógnita, ahora bien al no existir un nexo de causalidad científicamente probado o respaldado probatoriamente en el proceso no es posible que el adquo emita sentencia Condenatorio, pues ante la orfandad probatoria de lo pedido solo queda un fallo absolutorio

La CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION CIVIL Magistrado Ponente Dr. JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ Bogotá, D. C., treinta (30) de enero de dos mil uno (2001) Expediente No. 5507, reza: ... “ Con relación a la responsabilidad extracontractual del médico, siguiendo los lineamientos del artículo 2341 del C. Civil, la Corte reitera la doctrina sentada el 5 de marzo de 1940, sobre la carga de la prueba de la culpa del médico cuando se trata de deducírsele responsabilidad civil extracontractual por el acto médico defectuoso o inapropiado (medical malpractice, como se dice en USA), descartándose así la aplicabilidad de presunciones de culpa, como las colegidas del artículo 2356 del C. Civil, para cuando el daño se origina como consecuencia del ejercicio de una actividad peligrosa, tal como lo pregonó la Corte en las referidas sentencias de IFRG, EXP. 5507 26 1942 y 1959, porque la labor médica está muy lejos de poderse asimilar a ellas.

Ciertamente, el acto médico y quirúrgico muchas veces comporta un riesgo, pero éste, al contrario de lo que sucede con la mayoría de las conductas que la jurisprudencia ha signado como actividades peligrosas en consideración al potencial riesgo que generan y al estado de indefensión en que se colocan los asociados, tiene 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, no sólo por el principio de solidaridad social que como deber ciudadano impone el artículo 95 de la Constitución, sino particularmente, por las “implicaciones humanísticas que le son inherentes”, al ejercicio de la medicina, como especialmente lo consagra el artículo 1º parágrafo 1º de la Ley 23 de 1981.

Con relación a la responsabilidad contractual, que es la que por lo general se le puede demandar al médico en consideración al vínculo jurídico que se establece entre éste y el paciente, la Corte desde la sentencia de 5 de marzo de 1940, partiendo de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, estimó que por lo regular la obligación que adquiere el médico “es de medio”, aunque admitió que “Puede haber casos en que el médico asume una obligación de resultado, como la intervención quirúrgica en una operación de fines estéticos”.

El principio general del derecho denominado “nadie está obligado a lo imposible”, conocido también bajo la locución latina “Ad impossibilia nemo tenetur” que hace referencia a Nadie está obligado a realizar lo imposible, o el aforismo jurídico “Impossibilium nulla obligatio” que traduce a lo imposible, nadie está obligado, siendo entonces claro que desde el punto de vista jurídico ninguna persona natural o jurídica se le puede forzar a realizar algo para lo cual no cuenta con las herramientas, técnicas o medios para hacerlo, siendo claro que la JUEZ CUARTA CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYAN basa el fallo apelado en el subjetivo de que mi representada CLINICA LA ESTANCIA extremo pasivo no demostró que el OBITO FETAL ocurrió por circunstancia diferente a la alegada por los demandantes sin soporte probatorio, por cuanto de conformidad al acervo probatorio se esta ante la imposibilidad probatoria de la causalidad del OBITO FETAL, vulnerando entonces este principio.

Por todo lo acá expuesto señores Magistrados elevo la siguiente,

PETICION:

Se revoque el fallo No 018 emitido por el **JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYAN** el pasado 09 de septiembre de 2022 y en su defecto se expida fallo que en derecho proceda, declarando no probadas las pretensiones de la demanda, y por ende declarando exonerada de responsabilidad a mi representada, además de declararse probadas las excepciones debidamente planteadas.

Cordialmente,



JOHANA ANDREA HURTADO ALVAREZ
ABOGADA CLINICA LA ESTANCIA
CC: 24.335.148 de Manizales, Caldas
T.P. 187.090 del C.S. de la Judicatura
Cel 3016993336