



**ACREDITACIÓN
INSTITUCIONAL EN
ALTA CALIDAD**
Resolución 008607 de mayo 16 de 2022

**La carga dinámica de la prueba en los procesos de responsabilidad médica en la
jurisdicción de lo contencioso administrativo**

**Sydney Kristina Giraldo Forero
Luis Gregorio Mosquera Moreno**

Autores

Monografía presentada para optar al título
MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

Escuela de Posgrados

Medellín

2022

José Rodrigo Flórez Ruiz
Rector
Universidad Autónoma Latinoamericana

Hernán Darío Aguiar Garcés
Decano
Escuela de Posgrados

Nataly Vargas Ossa
Coordinadora
Maestría en Derecho Administrativo

David Sierra Sorockinas
Director

Línea de investigación
Justicia administrativa

Juliana Pérez Restrepo
José Luis González Jaramillo
Evaluadores

El trabajo de grado fue sustentado el 07 de diciembre de 2022 y obtuvo una aprobación unánime de conformidad con el Acuerdo 195 del Consejo Académico de 2016, lo cual quedó en el consignado en el acta de evaluación de trabajos de grado # 19 de 2022.

Resumen

En este trabajo se analiza la aplicación de la carga dinámica de la prueba en la Sección Tercera del Consejo de Estado en los casos de responsabilidad médica. Para ello, se presenta primero el concepto de carga dinámica, previo una contextualización general. Luego, se analizan las sentencias del Consejo de Estado en materia de responsabilidad estatal posteriores a la vigencia del Código General del Proceso en los casos médicos (uno de los supuestos teóricos en los que aplica la carga dinámica de la prueba). Se concluye que el alto tribunal de lo contencioso administrativo, en los casos estudiados, no aplica de forma uniforme la carga dinámica, optando, a su vez, por otras instituciones, como los indicios y las presunciones.

Palabras clave

Carga de la prueba, carga dinámica de la prueba, responsabilidad médica estatal, indicio, presunción.

INTRODUCCIÓN

La carga dinámica de la prueba es una institución procesal que ha tenido diversos desarrollos doctrinarios y se ha convertido en una importante modalidad de razonamiento judicial y de distribución del riesgo probatorio entre las partes. En este trabajo nos enfocaremos en el funcionamiento de esta figura en los procesos de responsabilidad médica estatal. Así, estudiamos su funcionamiento y evaluaremos cuál es la utilidad práctica que esta puede aportarle al trámite probatorio.

Concretamente, enfocamos nuestros esfuerzos en estudiar no solo el surgimiento del concepto de carga dinámica de la prueba –y de qué categoría se desprende–, sino también cómo esta opera en el proceso de responsabilidad médica estatal. Hacemos, entonces, una evaluación sobre el uso de esta figura; es decir, si es una institución que goza de la característica de observación obligatoria en los procesos de responsabilidad médica estatal, o si, por el contrario, adquiere un carácter facultativo para el fallador. Con esto, procuramos responder si la carga dinámica de la prueba, en tratándose de los procesos de responsabilidad médica estatal, se constituye como una regla general de aplicación obligatoria para el juez o si, por el contrario, estamos en frente de una institución netamente facultativa y sería el juez quien decide sobre su aplicación o no.

En el trabajo se analiza el concepto de carga de la prueba, en donde respecto de tal teoría tanto la doctrina como la jurisprudencia se han referido a una construcción jurídica en la que se engloban dos entidades bastante diversas: por un lado, el concepto de cargas procesales dirigida a las partes y, por otro, el de regla de juicio dirigida al juez (Rodríguez Álvarez, 2020, p. 150).

Ahora, tratándose de las cargas procesales, la doctrina se ha encargado de crear varias tipologías o dimensiones derivadas del concepto de carga de la prueba. A grandes rasgos, podemos decir que se le ha añadido el adjetivo “subjetiva”¹, para hacer referencia a quién debe probar; “objetiva”, para indicar qué es lo que se debe probar² y “dinámica”³, para señalar quién está en mejores condiciones de hacerlo.

El concepto en mención ha sido tratado por Couture, quien, recogiendo postulados así Goldschmidt establece: “La carga procesal puede definirse como una situación jurídica instituida en la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente

¹ (Nieva Fenoll, 2020).

² (Micheli, 1961).

³ (Beltrán Ferrer, 2019).

establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él” (Couture, 1958, p. 211). Así las cosas, podemos afirmar que la carga procesal supone una actividad en cabeza de las partes, y dependerá de cada una perseguir los resultados procesales que les beneficie o en su defecto, evitar las conductas que les perjudique.

Por su lado, la carga de la prueba entendida como regla de juicio, una parte de la doctrina la ha descrito como una norma imperativa dirigida al juzgador que le indica el criterio para resolver la causa cuando luego de la oportuna valoración de las pruebas y antes de dictar sentencia, hechos considerados relevantes permanezcan inciertos, evitando así el *non liquet*⁴ (Rodríguez Álvarez, 2020, p. 154).

En relación a la carga de la prueba, en el proceso contencioso administrativo se aplica en materia de responsabilidad médica y de manera predominante el postulado de que el supuesto de hecho debe ser demostrado por la parte que lo alega –dimensión subjetiva de la carga de la prueba– o lo que de vieja data en el derecho romano se le conoció como “*onus probandi*”.

Conforme a lo dicho, se hace pertinente estudiar desde el 1 de enero de 2014⁵ la jurisprudencia desarrollada por el Consejo de Estado en los procesos de responsabilidad médica estatal, con fines a identificar si el precepto de carga dinámica de la prueba ha impactado las decisiones de esta corporación, que conlleva una modificación del postulado inicial de la titularidad en la carga de probar. Dicho lo anterior, no solo nos enfocaremos en los comportamientos procesales que se les atribuye a las partes, sino también, en los que debe realizar el juez para el correcto funcionamiento de la institución carga dinámica de la prueba.

Con la entrada en vigencia del artículo 167 del Código General del Proceso –Ley 1564 de 2012, consideramos que tanto normativa como jurisprudencialmente se presenta una variación de este criterio general, pues en algunas oportunidades quien pretende la reparación de un daño no siempre tiene la carga de demostrar los elementos constitutivos de la falla en el servicio conforme a los condicionamientos que incorporó el inciso segundo de la ya citada normativa.

Este ejercicio investigativo implica también el análisis del concepto de indicio porque a partir del año 2006 –cuando se abandonó jurisprudencialmente la teoría de la carga dinámica– estos han sido incorporados de manera reiterada en las decisiones de la Sección Tercera del Consejo de Estado como respuesta a la dificultad probatoria para acreditar el nexo de causalidad. Su uso ha

⁴ Se refiere a la falta de claridad de hechos relevantes en el proceso.

⁵ En esta fecha el Código General de Proceso inició su aplicación plena en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Auto del 25 de junio de 2014, exp. 2012-00395-01 (IJ), C.P. Enrique Gil Botero.

sido tan relevante, que el Consejo de Estado se apartó de la aplicación jurisprudencial de la *carga dinámica de la prueba*, incentivando el uso de figuras como los indicios.

En síntesis, para el entendimiento pleno de la presente investigación se estudian los conceptos de carga, de presunción y de indicio buscando delimitar sus aproximaciones conceptuales y sus diferencias. Ello debido a que, verificado el tratamiento jurisprudencial que se les ha dado en la materia estudiada, genera en ocasiones alguna confusión. Se desprende, entonces, la necesidad de este ejercicio conceptual que aporta importantes elementos para entender a profundidad el tema de estudio.

CAPÍTULO I: ENTENDIMIENTO DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA. CONTEXTUALIZACIÓN: REFLEXIONES TEÓRICAS DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Este este capítulo haremos un breve repaso de la literatura académica que nos permita presentar un concepto de carga dinámica de la prueba. Para ello, primero comenzaremos con la caracterización de la carga de la prueba en sus dos ámbitos (subjetivo y objetivo), para finalizar con una exposición del concepto de carga dinámica.

La teoría de la carga de la prueba es delimitadora de conductas procesales que pueden estar no solo en cabeza de las partes, sino también del juez y trazan el camino que se debe recorrer en el proceso para la acreditación o no de un supuesto de hecho. Vitor de Paula Ramos, sin embargo, asegura que los jueces no pueden tener cargas. Ellos solo tienen deberes en el proceso. Concluye el autor que el juez es figura imparcial en el proceso y esa connotación es incompatible con la acepción de carga, mas no con la de deber (2020, p. 99).

El juez –al ser responsable de acciones como emitir sentencia clara y en derecho, evitar la ambigüedad y la vaguedad en la expresión de su decisión, estudiar todos los hechos relevantes, etc.– tiene el deber ineludible de decidir la *litis* para cumplir con la finalidad del proceso. No huelga advertir que este ejercicio académico busca identificar las pautas probatorias que usa el alto tribunal de lo contencioso administrativo para lograr el cumplimiento de este deber.

La carga de la prueba sirve como instrumento enrutador de la actividad probatoria, tiene un elemento normativo que estipula las reglas en cabeza de los actores procesales y que sirven para que la decisión no sea contraevidente, arbitraria o desproporcionada. En síntesis, la carga de la prueba de cara a las partes es una regla técnica⁶ que surge como una alternativa para organizar el proceso, para ponerle límites y regular el campo de acción de quienes allí se desenvuelven. De suerte que, sin la carga de la prueba, posiblemente tendríamos en el proceso un ejercicio de aportación de prueba mínima –*a menos que la norma o el juez imponga cargas procesales*–, pues el interés probatorio sería dirigido para aquella parte a quien afectaría la no certeza de su pretensión o de contraluz, de la excepción.

⁶ Una regla técnica establece que debe hacerse A si se quiere obtener el resultado B. Así, por ejemplo, “debe presionar el botón rojo si quiere encender el televisor” (Von Wright, 1970, pág. 29).

Para mayor entendimiento de esta institución estudiamos los elementos que la componen y trataremos de aportar una explicación suficiente, que nos permita llegar luego, a la plena comprensión de nuestro objeto de estudio: la carga dinámica de la prueba.

1. LA CARGA DE LA PRUEBA COMO CARGA PROCESAL

En este acápite estudiamos la carga de la prueba como una carga procesal, esto es: aquellos comportamientos que incumbe observar las partes del proceso para lograr probar sus afirmaciones o, en su defecto, desvirtuar las que le son contrarias.

Autores como Devis Echandía se han referido al concepto de carga de la prueba así:

Carga de la prueba es una noción procesal que contiene la regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso prueba que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables (Devis Echandía, 2002, pág. 426).

Por lo anterior, asumimos que la carga procesal atiende a comportamientos que se asignan a las partes y que, en algunos casos, de su ejercicio dependerán los resultados probatorios⁷ perseguidos por cada una. En suma, en los numerales siguientes nos dedicaremos al estudio de los componentes de las cargas procesales, pues nos sirve como preludeo para entender el camino doctrinario recorrido para que pudiese aparecer el concepto de carga dinámica de la prueba (ver *infra*. numeral 3).

1.1. Contenido subjetivo de la carga de la prueba

Hay autores, como Nieva Fenoll, que sostienen que la carga subjetiva fue la primera en su especie que adquirió categoría jurídica, pese a que no habría certeza del momento exacto de su creación, sí podemos afirmar que parte de la doctrina la señala como un derivado o variación de lo que se conoce como el *onus probandi*⁸ (Nieva Fenoll, 2020). A su vez, a esta última se le ha ubicado

⁷ Por ejemplo, de la no contestación de la demanda de tutela surge la presunción de veracidad de lo alegado por el demandante.

⁸ Implica que a cada parte en el proceso le correspondía probar lo que afirma, es decir, quien afirma un hecho está en la obligación de probarlo.

sus inicios en la Edad Media y tiene como antecedente próximo al proceso romano (Nieva Fenoll, 2020).

Luego de la aparición del concepto de la carga de la prueba, se ha hablado de carga subjetiva de la prueba que se le ha conocido también como carga formal. Sobre esta se ha dicho que se espera que cada parte haga constar por su propia actividad respecto de lo que le incumbe, siempre y cuando esos hechos necesiten prueba y no se hayan comprobado como verdaderos (Piquer Marí, 2006, p. 70). Con claridad se observa que este concepto denota una actividad probatoria individual de las partes respecto de lo que les incumbe, es decir, esta dimensión subjetiva se enfoca en lo que debe probar cada parte siempre y cuando un hecho necesite ser probado o acreditado.

La importancia de revisar por lo menos, *grosso modo*, este concepto está dada en la comprensión de los primeros pasos teóricos para poder hablar primero de flexibilización probatoria y luego de carga dinámica de la prueba.

En síntesis, la carga de la prueba en la dimensión subjetiva se refiere a las partes y a su discrecionalidad para allegar o no pruebas al proceso, sin perjuicio del cumplimiento de la técnica jurídica para que sean decretadas, esto es, cumplir con los criterios de oportunidad procesal, y, además, con los elementos de licitud, pertinencia, conducencia y utilidad⁹. Tal conducta por supuesto se asume de formas diferentes porque dependerá de los hechos que quieran acreditar, del tipo de proceso y de la asunción del riesgo probatorio como consecuencia ante un escenario de incertidumbre.

1.2. Contenido objetivo de la carga de la prueba

Esta dimensión ha tenido un trato diferente, en palabras de Jordi Ferrer Beltrán: responde a la pregunta ¿quién pierde si no hay prueba suficiente? Para el autor este es el único concepto para tener en cuenta en el proceso (Ferrer Beltrán, 2019, p. 57). En otras palabras, podemos afirmar que la carga objetiva cobra interés cuando en el proceso no se logra disipar la incertidumbre. Solo en este momento resplandece esta dimensión para resolver el cuestionamiento: ¿de quién debe asumir las consecuencias ante esa inexistencia de prueba que acredite un hecho?

⁹ Los requisitos para que sea decretada la prueba solicitada por una de las partes están consagrados en el CGP (art. 168). “Rechazo de plano. El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles”.

Esta apreciación nos daría un indicativo de que, en esta dimensión, importa únicamente si los hechos relevantes que debían probarse no alcanzaron los fines perseguidos, y, a falta de prueba, quien tenía la carga de allegarla es quien asume el riesgo de inexistencia probatoria.

Para otros autores, como Vitor de Paula Ramos, la carga de la prueba en su dimensión objetiva en realidad es una regla de juicio, que entra en juego al momento de tomar la decisión, por ello concluye que se trata de un deber impuesto al fallador (2020, p. 100).

1.3. Dimensión dinámica de la carga de la prueba

En nuestro trabajo, asumimos que la carga dinámica de la prueba es una herramienta que busca distribuir la carga procesal de probar, el juez atendiendo a ciertos criterios impone obligaciones de probanza a la otra parte y no a quien en principio haya afirmado la existencia del supuesto de hecho relevante.

Tal como lo expone el artículo 167 de la Ley 1564 de 2012, el juez, dependiendo de las particularidades del proceso, decide de oficio, o a petición de parte, distribuir la carga de la prueba. Según este precepto, se puede decretar pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso –antes de fallar–, tal redistribución implica la exigencia a la parte de probar determinado hecho ya sea porque se encuentra en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos, porque: i) se considera que ella está en mejor posición para probar por su cercanía con el material probatorio; ii) tiene en su poder el objeto de la prueba; iii) se presentan circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio o iv) una de las partes se encuentra en estado de indefensión.

Jorge W. Peyrano es considerado por muchos el mayor defensor de este concepto. Él argumenta, además, que los denominados criterios de disponibilidad y factibilidad son una forma diferente de llamar a la carga dinámica de la prueba (Palomo Vélez, 2013).

Peyrano define que el objetivo de la carga dinámica de la prueba es el de maximizar la información relevante que las partes aportan al proceso, como una forma de facilitar la búsqueda de la verdad y con ello la atribución de una decisión justa al procedimiento (1993, pp. 738 y ss.).

El concepto estricto de carga dinámica:

Un conjunto de reglas excepcionales de distribución de la carga de la prueba que hace desplazar el *onus probandi* del actor al demandado o viceversa (de ahí su designación), según fueran las circunstancias del caso. Procurará quitarle algo de rigidez a las normas corrientes en materia de

reparto del esfuerzo probatorio, en homenaje a la justicia del caso concreto (Peyrano, 2000, p. 1525).

La carga dinámica de la prueba se deriva de la denominada por la doctrina carga subjetiva, con un criterio diferenciador; se enfoca principalmente en quién debe probar la existencia de un hecho o desvirtuar el mismo, pero tomando como base para esa distribución la facilidad de dicha acreditación, que va desde criterios técnicos o profesionales a otros como, la proximidad con la escena, el control de la actividad, entre otros.

En la actualidad se ha hablado del concepto de inversión de la carga de la prueba, que –para autores como Nieva Fenoll– es exactamente lo mismo de lo que se conoce como carga dinámica de la prueba (2020). En España, la inversión de la carga de la prueba en la responsabilidad civil extracontractual tuvo sustento en el fortalecimiento del principio *pro damnato*, que surgió porque el Tribunal Supremo comenzó en la década de 1950 a aplicar paliativos en el proceso, tales como la atención a la inferioridad de la víctima y a la justicia y la equidad del caso concreto, la elevación del nivel de diligencia exigido y la insuficiencia del cumplimiento de normas legales y reglamentarias, o el agotamiento de la diligencia (Arcos Viera, 2018, p. 36).

Hemos hecho referencia al concepto de carga dinámica porque es justamente esta institución la que estudiaremos en nuestro trabajo; evaluaremos en los capítulos siguientes, si el Consejo de Estado la aplica en los casos de responsabilidad médica estatal, sobre todo, porque en este tipo de procesos es muy probable que se acuda a criterios de mejor posición para probar y poder distribuir la carga de la prueba, ya que comúnmente la persona afectada no tiene las mismas facilidades probatorias que la parte que presuntamente causa el daño.

Para sacar conclusiones respecto de la carga dinámica en los procesos de responsabilidad médica estatal, estudiaremos sobre la tipificación del concepto en el ordenamiento colombiano y la aplicación del mismo por el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

2. LA CARGA DE LA PRUEBA COMO REGLA DE JUICIO

La regla de juicio cobra sentido en el momento mismo en que el juez de conocimiento ha de resolver la *litis*, pues al fijarla no se atendería a tal premisa. El funcionario de conocimiento ha de resolver la cuestión atado a este elemento cuando, agotada la valoración probatoria, no sea posible tener certeza de la acreditación de los supuestos de hecho relevantes; por lo cual debe resolver, a

la luz de las dinámicas establecidas en la etapa de construcción probatoria y definir en consecuencia a quién debe afectar esa incertidumbre.

2.1.Contexto

Parte de la doctrina ha descrito a la regla de juicio como una norma imperativa dirigida al juzgador que le indica el criterio para resolver la causa cuando, luego de la oportuna valoración de las pruebas y antes de dictar sentencia, ciertos hechos considerados relevantes permanezcan inciertos evitando así el *non liquet*¹⁰ (Rodríguez Álvarez, 2020, p. 154). Podríamos decir, pues, que la regla de juicio atiende al deber en cabeza del juez de decidir el proceso y la premisa de quién debe asumir el riesgo de esa incertidumbre.

Mientras las cargas procesales buscan delimitar los comportamientos en cabeza de las partes, la regla de juicio se torna en un instrumento que permite al fallador evitar el *non liquet*. En síntesis, la carga de prueba asegura que, luego de haberse generado el debate probatorio y siendo imposible tener certeza de la acreditación de los supuestos de hecho relevantes para definir el proceso, pueda emitirse decisión asignando a una de las partes la decisión negativa de su pretensión o excepción.

Expresa Ana Rodríguez Álvarez que para que opere la aplicación de la regla de juicio debe ineludiblemente existir incertidumbre o una situación de duda con respecto a hechos relevantes en el proceso (se excluyen hechos irrelevantes o no determinantes para el fallo). Se dice, además, que lo que importa a la hora de aplicar una regla de juicio es la situación de incertidumbre, más no la causa que la haya generado (2020, p. 156).

2.2.Aplicación

Sobre la regla de juicio existen varias consideraciones. Refiere Arcos viera, respecto de esta en el derecho español:

Para que el Juez pueda fallar conforme a las exigencias de los artículos 361 de la Ley Procesal Civil y 1.7 del Código Civil, el ordenamiento le ofrece un instrumento lógico para indicarle, en los casos de incerteza fáctica, si la sentencia ha de ser absolutoria o condenatoria, que es lo que, en la ciencia del Derecho, se denomina "regla de juicio", y que, en el proceso civil, se encuentra en el citado artículo 1214 de

¹⁰ Refiriendo a la falta de claridad.

modo que lo determinante para la aplicación de esta pauta legal es la presencia de la duda después de que se haya desarrollado, al menos, una mínima labor probatoria en el litigio (Arcos Viera, 2018, p. 15).

De la regla de juicio debemos afirmar que su aplicación dependerá de si hay incertidumbre, el juez no tendrá necesidad de aplicar ninguna regla de juicio cuando estén acreditados los hechos relevantes, por lo cual el camino quedará despejado para tomar una decisión en la *litis*. De ahí que la aplicación de la regla de juicio logrará pertinencia solo cuando falten hechos relevantes por esclarecer.

En los siguientes capítulos de este texto, enfocaremos nuestros esfuerzos en estudiar de cara al juez cuáles son los criterios que se tienen en cuenta al momento de definir la actividad probatoria, esto es, cómo se asigna y distribuye la actividad probatoria y cuáles son los elementos de usanza tenidos en cuenta para fallar. Ello luego de la entrada en vigencia de la Ley 1564 de 2012¹¹.

3. LA CARGA DINÁMICA EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

Esta institución jurídica en Colombia se tipificó a partir de la entrada en vigor del Código General del Proceso. En su artículo 167 determinó circunstancias de redistribución de las probanzas de los hechos jurídicamente relevantes. Previa a la tipificación, la jurisprudencia ya había hecho acercamientos respecto de la flexibilización de la regla del *onus probandi*.

Para nuestro trabajo estudiaremos la aplicación de este concepto y determinaremos si ha sido aplicado expresamente por el Consejo de Estado, o de qué forma en asuntos de responsabilidad médica ha ido incorporando las premisas de este postulado normativo en las resoluciones de los procesos, incluso nos interesa identificar si en tales decisiones hay aplicación de otras figuras procesales que puedan confundirse expresa o tácitamente con la denominación de carga dinámica.

3.1. La teoría de su aplicación

Las primeras pinceladas dadas por el Consejo de Estado llegaron para equilibrar los casos de responsabilidad por mala praxis, el demandante estaba obligado a probar la falla del servicio

¹¹ Para la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a partir del 1 de enero de 2014 según auto de la Sala Plena del Consejo de Estado No 25000-23-36-000-2012-00395-01 de 25 de junio de 2014.

médico que condujo al hecho dañoso, pero, el 24 de octubre de 1990¹² el Consejo de Estado da un giro y en dicha sentencia consideró que dada la dificultad de los demandantes de probar la falla del servicio, optaría por presumir dicha falla, dicha sentencia se consolidó en sentencia de 30 de julio de 1992¹³ atendiendo la situación de debilidad en la que estaba el paciente (Vallejo Osorio, 2022, pp. 73 y 74).

Para el 10 de febrero del 2000¹⁴, el Consejo de Estado decidió aplicando el concepto de carga dinámica de la prueba, aclarando que no se trataba de una regla general, sino que para el caso en concreto debía revisarse sobre quién estaba en mejores condiciones de probar. En sentencia del 31 de agosto de 2006¹⁵ el Consejo de Estado abandona la carga dinámica de la prueba y reitera su postura en sentencia de 19 de octubre de 2011¹⁶ (Vallejo Osorio, 2022, p. 78).

Hoy se debe partir de la idea base de que para aplicar carga dinámica de la prueba la misma debe partir de la regulación que se encuentra en el artículo 167 de la Ley 1564 de 2012.

3.2.El artículo 167 del Código General del Proceso y su integración con la jurisdicción de lo contencioso administrativo

El artículo 167 de la Ley 1564 de 2012 aplicable por expresa remisión del artículo 211 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo estableció los siguientes criterios para que el juez varíe, si lo considera procedente, la dinámica probatoria de los hechos afirmados en el proceso, los cuales son: i) quien tiene mejor posición para probar por la cercanía con el material probatorio, ii) quien tiene en su poder el objeto de prueba, iii) por circunstancias técnicas especiales, iv) por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, v) por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte. Además, la disposición trae una sexta cláusula que es: “entre otras circunstancias similares”, reforzando con ello la tutela judicial efectiva.

¹² Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. “M.H.A.D.P c/ Instituto de Seguros Sociales”, 24 de octubre de 1990. Expediente N° 5902.

¹³ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Carlos Betancur Jaramillo. Bogotá, D.C., 24 de agosto de 1992. Expediente N° 6754.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Bogotá, D.C., 10 de febrero de 2000. Expediente N° 11878.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C, 31 de agosto de 2006. Expediente N° 15772.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, “Blanca Rosa Vega Torres y Otros c/ Hospital Militar Central”, Sentencia de 19 de octubre de 2011.

A la luz del artículo anterior el juez tiene un especial protagonismo con la aplicación de la carga dinámica de la prueba, es por ello que nos encargaremos de hacer un rastreo jurisprudencial de las sentencias emitidas por el Consejo de Estado y analizaremos si para resolver los procesos de responsabilidad médica se está haciendo uso de los criterios de que trata el inciso segundo del artículo 167 de la Ley 1564 de 2012 o si en defecto de ello, ha aplicado otras figuras que puedan o no confundirse con esta carga dinámica.

En el siguiente capítulo abordaremos el estudio de conceptos como: carga dinámica de la prueba, presunción e indicio, además, nos ocuparemos de la premisa que la prueba es propiedad de proceso y no de las partes resaltando la importancia en los procesos de responsabilidad médica de la comunidad de la prueba y el deber de colaboración procesal.

CAPÍTULO II: LA CARGA DINÁMICA Y SU UTILIDAD EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA ESTATAL

1. LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA DESDE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY 1564 DE 2012

El concepto de carga dinámica de la prueba ha tenido variaciones importantes a lo largo del tiempo, en principio, autores como Bentham hablaron de flexibilización¹⁷ probatoria. En tiempos más recientes, como se expresó en el capítulo anterior, se le ha atribuido a Jorge Peyrano (2008) el hecho de elevar a un rango doctrinario más desarrollado este concepto; en últimas, tratando de implementar criterios de equidad en la gestión probatoria tendientes a reconocer que quien debe probar es quien esté en mejores condiciones para hacerlo.

Anteriormente, la carga dinámica de la prueba –también conocida como criterios de facilidad y disponibilidad¹⁸– era aplicada jurisprudencialmente y sin una habilitación normativa expresa; es decir, era el juez quien a través de la regla de juicio¹⁹ interpretaba a favor de la parte que no tenía la carga de acreditar el hecho relevante, ocasionando muchas veces fuertes críticas por considerarse una transgresión al *derecho de defensa*, dado que solo en la decisión era que el juez advertía de la carga de probar.

La teoría de la transgresión al derecho de defensa ha sido defendida por autores como Javier Tamayo así:

No se trata de que *a priori* y como principio general inmutable, se invierta la carga probatoria que incumbe a una de las partes. De lo que se trata es de obligar a todos los contendientes a aportar todas las pruebas que estén a su alcance para lograr el conocimiento de la verdad real. En este orden de ideas el juez podrá prescindir, en tratándose de la prueba de la culpa, de un principio general que le imponga al demandante probar la culpa del demandado. Pero también deberá prescindir, de un principio general de presunción de la culpa, todo depende del caso concreto (Tamayo Jaramillo, 1993, p. 91).

¹⁷ Haciendo referencia a que quien debía probar no necesariamente era quien afirmaba el hecho sino, quien estaba en mejor posición para probar.

¹⁸ Por ejemplo, como en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1º de 2000 española artículo 217 #7.

¹⁹ Actividad judicial que realiza el juez a la hora de valorar la prueba le permitirá hacer un juicio racional para verificar si se acreditó o no la existencia de un hecho y a quién le correspondía hacerlo.

En la actualidad hay una gran diferencia en la aplicación de la *carga dinámica de la prueba* en Colombia. En virtud del artículo 167 del Código General del Proceso, el juez debe anunciar de manera previa a quién le corresponde probar determinado hecho o circunstancia dentro del trámite procesal, así lo estipuló cuando expresó:

Según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos.

Con la regulación de lo que se le ha denominado “carga dinámica de la prueba” la discusión respecto de la violación del derecho de defensa queda zanjada, pues la parte respectiva tiene un anuncio anticipado sobre su carga de acreditar o desvirtuar el acaecimiento de un hecho, antes de que se profiera un fallo. En este sentido, la parte tendrá la plena garantía de resguardar sus intereses procesales.

El mismo Jorge Peyrano advirtió sobre el supuesto *sorprendimiento* que se daría a una de las partes cuando se aplica la carga dinámica de la prueba y aseveró:

Por tal razón no hay en verdad “sorpresas”, pues aquel que se encuentra en mejor posición probatoria (que por supuesto le consta de antemano) y simula distraído a tal circunstancia o se aferra al esquema negatorio, deberá aceptar que dicha estrategia conducirá –muy probablemente– a que la dinámica de la carga probatoria le juegue una mala pasada (Peyrano, 2008, pp. 106 y 107).

Lo novedoso, sin duda, resulta ser esa posibilidad judicial de modificar la regla general del antiquísimo *onus probandi*. En casos específicos –como el de la responsabilidad médica– resultaba un obstáculo para la parte que demanda, pues esta normalmente no tiene en su poder la prueba de lo que afirma²⁰. A quien le queda más fácil probar, en este sentido, es al demandado, que tuvo pleno control y dominio de la actividad por la cual se le pide indemnización del daño antijurídico.

Precisamente, con hechos como el fortalecimiento del principio *pro damnato*²¹ la anterior afirmación obtiene un gran sentido, ya que se considera que es desproporcionado imponer al demandante la carga de probar al juzgador que el demandado había actuado de manera negligente. Es apenas lógico pensar en que esa carga le es más llevadera para el demandante, quien en últimas tiene de principio a fin el control del trámite realizado (Arcos Viera, 2018, pág. 37).

²⁰ Por ejemplo, no le queda fácil demostrar al detalle el procedimiento médico realizado.

²¹ Procura la protección de la víctima o de la parte más débil del proceso.

Con las primeras decisiones obtenidas en Colombia, en donde se aplicó la *carga dinámica de la prueba* se puede observar, en igual sentido, que el Consejo de Estado optó por concluir que quién debía probar era la parte que estuviera en mejor posición para hacerlo. El alto tribunal concluyó que el hospital o el centro que practicó el procedimiento estaba en mejores condiciones para probar que actuó con la diligencia debida, y no el demandante que estaba en una posición desfavorable para acreditar dicha situación (Consejo de Estado, 2000).

Se debe tener claro que la *carga dinámica de la prueba* se utiliza en la actualidad con una habilitación normativa expresa, el juez debe hacer uso estricto de la norma y con base en ella la aplica. En el capítulo 3 del presente texto nos ocuparemos de estudiar jurisprudencialmente cuál ha sido el trato que el Consejo de Estado le ha dado a esta figura y así revisaremos si se está o no aplicando en la actualidad. Antes, sin embargo, haremos una conceptualización de ella.

1.1. La necesidad de la carga dinámica para asegurar la incorporación probatoria en el proceso de responsabilidad médica estatal

En este trabajo defendemos la idea de que la carga dinámica de la prueba resulta ser una herramienta no solo útil, sino también podría llegar a ser necesaria en muchos procesos de responsabilidad médica estatal. Cuando decimos que es necesaria para algunos procesos, debe entenderse que esa necesidad se analiza en consonancia con la norma actual; es decir, el juez deberá revisar quién está en mejores condiciones de probar, luego de eso, deberá decidir sobre si distribuye o no la carga de la prueba. Es en ese contexto que se justifica decir que es necesaria, el papel del juez en la actualidad, entonces, sería protagónico. Ese protagonismo amerita que el juez esté presto a proteger en el proceso a quien lo necesite, la labor actual de él no debe ser estrictamente operativa; así, los retos del derecho procesal reclaman un juez garantista y humanizado. Es necesaria, porque lo mínimo que deberá observar el juzgador, es quien está en mejores condiciones para acreditar la ocurrencia de un hecho. Debido a lo que se regula en el artículo 167 del Código General del Proceso, no bastará con exigir prueba a quien afirma, por cuestiones de equidad el razonamiento deberá ir más allá y se espera que el juez, distribuya la carga de probar a quien más fácil le resulte hacerlo. Hoy la *carga dinámica de la prueba* impone un análisis riguroso sobre la posición de cada una de las partes, sus posibilidades y alcances en el trámite probatorio. Esta idea la defendemos partiendo del presupuesto de dificultad probatoria en la que puede encontrarse la parte demandante

dado que la mayoría de las veces no goza de las condiciones para acreditar el daño antijurídico sufrido, producto de una actividad de alguno de los agentes del Estado.

Antes del año 2006, se afincó en la jurisprudencia del Consejo de Estado la teoría de la falla presunta, pues era el Estado quien debía demostrar su correcta actuación en este tipo de procesos; es decir, aunque el demandante es quien afirma el daño y en principio es quien debe probar su afirmación, la jurisprudencia permitió que esa carga debía recaer en el demandado, por su posición favorable para ello. Se trataba del régimen subjetivo de responsabilidad, en donde le correspondía al Estado demostrar que actuó sin culpa. (Consejo de Estado, 2000). En el año 2006, la teoría de la *falla presunta*, se dejó de lado con sentencia de 31 de agosto, en este pronunciamiento el Consejo de Estado mutó su jurisprudencia y para los procesos de responsabilidad médica estatal, sostuvo que en adelante se debían resolver con base en la *falla probada*, en donde la parte demandante debía probar la existencia o acaecimiento de lo que alegaba, dejando de lado la *carga dinámica de la prueba* (Consejo de Estado, 2006).

Aunque el Consejo de Estado, luego de 2006 y antes de la entrada en vigencia de la Ley 1564 de 2012, ha sostenido que en los casos de responsabilidad médica se debía aplicar la *falla probada* (es decir, la demostración probatoria está en cabeza del demandante), dicha situación cambia con la entrada en vigencia del Código General del Proceso colombiano, pues esa norma permite que el juez –como director del proceso– pueda hacer una revisión racional sobre las condiciones de las partes para realizar la práctica probatoria y, distribuir la carga de acuerdo a la facilidad en la que se encuentren, esto es apenas lógico y equitativo, sobre todo, si recordamos los orígenes de la *carga dinámica de la prueba* que surgieron como apoyo a la víctima o la parte débil en el proceso, que habiendo sufrido un daño, no se encontraba en condición favorable para probar la culpa de su causante.

La protección de la víctima o de la parte débil en el proceso es justamente el argumento más fuerte para sostener la necesidad de la *carga dinámica de la prueba* en los procesos de responsabilidad médica. Algunos autores justifican los orígenes jurisprudenciales de esa postura, al fortalecimiento del principio *pro damnato*²², así lo sostiene Ana María Arcos Viera cuando manifestó:

La realidad social, los avances técnicos y sus contingencias, el ánimo de lucro de quien controla la actividad en cuestión [...] sirven de base para la articulación de los argumentos integrados en el principio *pro damnato* en torno a la noción clave de que

²² Procura la protección de la víctima o de la parte más débil del proceso.

la creación de riesgos que incrementan las probabilidades de causar daños a otros justifica un mayor rigor con el demandado (Arcos Viera, 2018, p. 53).

En la actualidad, de hecho, la medicina está mucho más avanzada, hoy más que nunca el demandado tiene todos los elementos a la mano para realizar con la técnica suficiente, la explicación respecto del procedimiento practicado; por ende, es apenas lógico que en la actualidad se impongan normativamente obligaciones al demandado para que ejerza una mayor participación en la actividad probatoria, *verbi gracia* la entrega de la prueba documental –historia clínica- que da cuenta de la prestación del servicio al paciente.

Además de la *carga dinámica de la prueba*, el ordenamiento cuenta con medios de prueba como los indicios y las presunciones, que pueden usarse en simultáneo en un mismo proceso con la carga dinámica, dotando al juez de mayores herramientas probatorias en el trámite judicial, en el próximo numeral haremos una aproximación conceptual al respecto.

1.2. Indicios y presunciones.

Los indicios son definidos por autores como Devis Echandía como “un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquél se obtiene, en virtud de una operación lógico crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos” (Echandía, 2002, p. 587).

Sostiene el autor que el indicio es una prueba plenamente autónoma; aunque se surta de otra, no deja de considerarse una verdadera prueba autónoma con plena capacidad de producir los efectos deseados, por ende, aunque debe ser probado el hecho indicador por otro medio como testimonio o inspección, este no pierde su individualidad (Echandía, 2002, pág. 588).

El Consejo de Estado, cuando resolvió dejar de lado *la falla presunta del servicio* que se hacía con utilización de la *carga dinámica de la prueba* –en sentencia de 31 de agosto de 2006–, aseguró:

No es necesario modificar las reglas probatorias señaladas en la ley para hacer efectivas las consecuencias que se derivan de la violación del deber de lealtad de las partes, dado que el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, establece que el juez podrá deducir indicios de su conducta procesal. Así, por ejemplo, de la renuencia a suministrar la historia clínica, o hacerlo de manera incompleta, o no documentar datos relevantes de la prestación médica, puede inferirse el interés de la parte de ocultar un hecho que le resulta adverso a sus intereses; como puede serlo también en contra de la parte demandante, el negarse a la práctica de un examen médico con el fin

de establecer la veracidad de las secuelas que hubiera podido derivarse de una intervención, o el ocultar información sobre sus antecedentes congénitos, que por ejemplo, pudieran tener incidencia sobre la causa del daño aparentemente derivado de la intervención médica (Consejo de Estado, 2006).

La crítica que podemos realizar a la forma de aplicar la *carga dinámica de la prueba*, a la sazón, resulta de revisar un posible sorprendimiento que deja en duda la existencia o no de la violación del derecho de defensa, situación que en la actualidad está totalmente depurada con la forma como hoy se regula la *carga dinámica de la prueba* en el Código General del Proceso, pues desde antes, la parte sabe que deberá probar cierto hecho.

A nuestro juicio, el pronunciamiento del Consejo de Estado –en la sentencia de 2006 anteriormente citada– muestra la utilidad que pueden tener los indicios como pruebas legítimas dentro de un proceso de responsabilidad médica estatal; estos pueden ayudar a resolver dificultades probatorias tomando otros elementos que obren en el proceso, pero no debe eso ser una consideración absoluta, para desvirtuar la utilidad de la *carga dinámica de la prueba*. Por su lado, el indicio es una prueba autónoma y aunque se nutre de otros elementos para materializarse, eso no le quita su independencia, como ya se dijo.

Por otro lado, la *carga dinámica de la prueba*, en las condiciones como está regulada en la actualidad, podría resultar un elemento mucho más eficiente que el indicio, ya que este requiere un ejercicio interpretativo mucho más complejo para ser efectivo; en cambio, aquella requerirá de la práctica directa de una prueba autorizada por el juez, atendiendo a las condiciones de facilidad en la que se encuentren las partes en el proceso.

Se reitera, por lo anterior, que el indicio es una herramienta procesal plenamente útil, pero no por ello aceptamos que sea un argumento tan poderoso que pueda minar la utilización de la *carga dinámica de la prueba*, que se implementa principalmente, para evitar que el trámite procesal sea inequitativo. Esta institución surge, en suma, como una herramienta que trata de eliminar las desventajas procesales.

Respecto de las presunciones, a diferencia de los indicios, se advierte que se trata de una conclusión o juicio anticipado, dividiéndose en legales, judiciales y de hombre, haciendo claridad que estas últimas son en realidad los indicios (Peláez Vargas, 1974).

Que sea una conclusión anticipada -una verdad interina que crea el legislador- implica que se da por cierto un acontecimiento, se presume su existencia.

Josep Aguiló Regla, asevera que la presunción se compone de un hecho base, un hecho presunto y un nexo entre ellos impuesto por la norma. Concluye que esto no debe afectar a las partes respecto de lo que deben probar, mas sí los hechos que se tendrán que acreditar (Aguiló Regla, 2018).

Sobre las presunciones, Raymundo Gama Leyva aseguró que la concepción que más se predica en la dogmática jurídica continental sobre las presunciones es que ellas son razonamientos del legislador o del juez donde se parte de un hecho conocido para determinar la existencia de un hecho que se ignora, usando la máxima de la experiencia para crear un nexo entre ambos, de manera ineludible debe existir una intrínseca conexión entre esto dos hechos (Gama Leyva, 2013).

De suerte que la diferencia principal entre las presunciones y los indicios radica en que las primeras parten de la base de la comprobación previa de un hecho, dado un presupuesto fijado previamente por la ley o por el juez; mientras que los indicios consisten en un ejercicio lógico que, en últimas, parte de un hecho indicador, que se encamina a materializar la comprobación de uno desconocido; la presunción da por cierto un hecho, que será desvirtuado siempre que se aporte prueba para su eliminación.

En el indicio habrá que hacer un conjunto de actividades para que cuente como hecho comprobado.

Así las cosas, se reitera que ni el indicio ni las presunciones son óbices o elementos que debieran impedir la válida aplicación de la *carga dinámica de la prueba* regulada en el artículo 167 del Código General del proceso colombiano. Todas estas herramientas procesales pueden coincidir en un mismo trámite judicial; de hecho, ellas hacen mucho más eficiente la actividad probatoria y dotan al juez de variados elementos para tomar una decisión ajustada a derecho.

2. LA PRUEBA COMO PROPIEDAD DEL PROCESO, NO DE LAS PARTES

En la presente investigación, asumiremos que la prueba debe concebirse como un elemento importante no exclusivamente para las partes, sino para el proceso mismo. La prueba se convierte en la herramienta puente para comprobar o desvirtuar lo que se alega en el proceso. De ella dependerá la prosperidad o no de lo que se pide en el trámite judicial. Podemos predicar, entonces, la inescindibilidad del proceso con la prueba y viceversa. Es la prueba una herramienta fundamental

para dar sentido al proceso de responsabilidad médica, sin ella, el proceso sería infértil²³ dado que no podría cumplir el cometido de resolver de fondo la cuestión²⁴.

La prueba es un elemento central en el trámite judicial, desde el preciso momento en que se predica la existencia de este. Aquella adquiere un papel protagónico. La prueba es relevante para el proceso, sin consideración de quién la posea o introduzca al trámite. De esta manera, una vez la prueba sea incorporada servirá como elemento para desvirtuar o ratificar afirmaciones realizadas por las partes que disputan el derecho.

En últimas, lo que se quiere demostrar en este aparte, es que la prueba puede incluso desfavorecer a quien la aporta, beneficiar a quien no la tenía o perjudicar a ambas partes en sus alegaciones. La prueba tiene un compromiso directo con el proceso y su finalidad principal va encaminada a esclarecer, ratificar o desvirtuar hechos sometidos a discusión.

En los próximos acápite enfocaremos nuestros esfuerzos en tratar de explicar el comportamiento que creemos debe existir en torno de la prueba en el proceso y, en general, cuáles son esas actitudes que los diferentes actores procesales deben procurar tener en el proceso respecto de la prueba. Concretamente, nos enfocaremos en explicar: i) por qué la prueba debe ser un elemento utilizable por cualquier actor procesal; ii) por qué hay que ser solidarios en torno a la tenencia de la prueba y iii) cómo el juez tiene un amplio protagonismo en el sistema de libre valoración de la prueba. Todo para concluir exitosamente que la propiedad de la prueba está en cabeza del trámite al cual se incorpora, mas no en cabeza o titularidad de quien la posea o la aporta.

2.1. Comunidad de la prueba

En términos concretos, al referirnos a comunidad de la prueba se quiere significar que esta es de uso común y que los actores procesales pueden hacer uso de ella para los fines del proceso; uno de los mayores defensores de esta idea es Giuseppe Chiovenda, quien se ha referido a esta, como *principio de adquisición procesal* y ha dicho que los resultados de la actividad procesal son comunes entre las partes, así como que las actividades procesales pertenecen a una relación única (Chiovenda, 2000, p. 205).

Concluye esta idea Chiovenda diciendo:

²³ No daría frutos, en el entendido de que se podría llegar a una decisión inhibitoria por falta de claridad procesal, para este caso infertilidad, debe asemejarse a que la ausencia de prueba o la separación de esta y del proceso, dificultarían resolver la *Litis*, de allí se desprende que consideremos que la prueba pertenece al proceso.

²⁴ Resolver el conflicto o la pugna.

En otras palabras, cuando la actividad de una parte es perfecta y completa para producir sus efectos jurídicos, estos pueden ser utilizados por la otra parte. Por ejemplo: presentado en juicio un documento, ambas partes pueden deducir de él conclusiones en beneficio propio (Chiovenda, 2000, p. 205).

Esto ratifica la idea de que la prueba debe estar afincada en los fines del proceso, mas no de manera exclusiva en los intereses individuales de las partes, más allá de que las partes tengan intereses particulares cuando realizan un aporte probatorio. Una vez se incorpora la prueba, esta deberá atender a los fines esenciales del proceso y harán parte de un todo que podrá ser de común utilización.

La importancia de la comunidad de la prueba en los procesos de responsabilidad médica en los cuales se hace más factible la aplicación del concepto de *carga dinámica de la prueba* radica en que normalmente quien afirma la existencia o acaecimiento de un hecho que le produjo un daño antijurídico²⁵, por diferentes motivos²⁶, no tiene la facilidad de probar lo que afirma y normalmente quien sí la tiene es la contraparte. La comunidad de la prueba le permite al demandante beneficiarse de un material probatorio que no posee y que no es él quien lo aporta al proceso, no obstante, puede usar en su propio beneficio ese aporte del demandado, controvirtiendo lo que no le es favorable y ratificando lo que le puede beneficiar.

En nuestras propias palabras, creemos que la comunidad de la prueba, o principio de adquisición procesal²⁷ en términos concretos, le apunta a imponer una especie de cláusula de utilización común de los elementos procesales a los actores, pues una vez se incorpore algún material al proceso este podrá ser de común utilización por las partes. Ellas podrán acogerlas como algo que les beneficie, o simplemente realizar esfuerzos para desvirtuarlas evitando que les sean perjudiciales a sus intereses procesales.

Queda, entonces, abierta para ambas partes la posibilidad de tener contacto con cualquier elemento dentro del proceso, puesto que hay que ver el trámite procesal como un todo o una relación única entre varios actores.

En Sentencia del 1 de julio de 2021 el Consejo de Estado respecto del principio de comunidad de la prueba aclaró:

En primer lugar, las consideraciones formuladas en la alzada contravienen los mandatos normativos que se desprenden del principio de la comunidad de la prueba,

²⁵ El daño antijurídico es aquel que el que lo sufre no está obligado a soportar.

²⁶ Por ejemplo, no tiene el conocimiento técnico, no tiene la proximidad a la prueba etc.

²⁷ Haciendo referencia a la manera como lo ha llamado el maestro Giuseppe Chiovenda.

de acuerdo con el cual, una vez decretados y practicados en debida forma, los medios de convicción allegados por los sujetos intervinientes pasan a ser parte del universo probatorio que distingue al proceso, pudiendo beneficiar a cualquiera de los extremos que participan.

En otros términos, las pruebas decretadas y practicadas en debida forma se desligan de la fuente que las incorpora para convertirse en medios de convicción que adquieren una independencia propia y ajena a las intenciones que llevaron a las partes a introducirlas, al inscribirse en el conjunto probatorio que permite al operador judicial adoptar las decisiones judiciales que resulten necesarias.

Por lo anterior, defender como lo hace el recurrente que las capturas de pantalla allegadas con su contestación solo podían ser empleadas por el fallador de primera instancia para determinar las alteraciones de los medios probatorios arrimados por la demandante, vulnera el referente axiológico descrito –principio de la comunidad de la prueba–, que propugna por una cierta autonomía entre los medios de convicción aportados por las partes y las determinaciones que sobre éstos puedan ser tomadas por los operadores judiciales, al constituirse en pruebas del proceso, y no de los sujetos procesales que actúan (Consejo de Estado, 2021a).

Se observa con claridad que, para el caso concreto, el demandante que aportó la prueba pretendía que la misma solo fuera usada por el fallador de manera exclusiva para los motivos alegados por él. Con esto el Consejo de Estado aclara que una vez un medio de prueba sea aportado al trámite procesal, podrá ser usado por cualquiera de las partes, ratificando que las pruebas son de común utilización y cualquier actor procesal podrá hacer uso de ellas, de hecho, el juez la podrá usar para sacar conclusiones desfavorables a quien la aportó.

En sentencia de 26 de julio de 2021, el Consejo de Estado respecto al principio de comunidad de la prueba expresó:

Se da valor a la conducta de las partes que al pedir la incorporación al proceso de una prueba practicada en otro, autorizan su valoración en el nuevo juicio, porque si pretenden hacerla valer frente a su contraparte, mal pueden evitar que hagan valer también en su contra, dado el principio de unidad de la prueba, que impone al juez el análisis del acervo probatorio en su conjunto, y que a su vez conlleva la aplicación del principio de comunidad de la prueba, por cuya virtud la prueba pertenece al proceso y no a quien la aporta (Consejo de Estado, 2021b).

Del enunciado anterior, se destacan dos aspectos importantes a saber: i) el hecho de que el Consejo de Estado reconoce que la prueba que se haga valer en contra de quien no la aporta, perfectamente pueda usarse en contra de quien la aporta o, lo que es igual, la prueba puede beneficiar a quien no la aporta y puede usarse en contra de quien la incorporó al trámite; ii) la prueba, en síntesis, pertenece indiscutiblemente al proceso y no a quien la aporta.

De manera que es claro que el órgano de cierre en la jurisdicción de lo contencioso administrativo acuñó a su jurisprudencia los postulados de adquisición de la prueba o comunidad de la prueba, que se vienen exponiendo en la doctrina procesal desde vieja data²⁸.

Para el mes de noviembre de 2021, el Consejo de Estado en igual medida aseveró:

La acumulación de procesos, prevista en los artículos 157 a 159 del Código de Procedimiento Civil²⁹, es el trámite de dos o más procesos mediante uno solo, obedece al principio de la economía procesal y tiene por finalidad la de evitar que se produzcan fallos contradictorios sobre cuestiones conexas o sobre un mismo litigio.

En consecuencia, cuando se acumulan dos o más procesos, conviene precisar que las pruebas obrantes en uno pueden ser utilizadas para resolver el litigio planteado en el otro, siguiendo los principios de unidad y comunidad de prueba, como lo ha explicado la Sección Tercera del Consejo de Estado (Consejo de Estado, 2021c).

En igual sentido se había expresado la Corte Constitucional en 2009 cuando expresó:

Respecto de la censura del demandante, relativa a que el contenido de las interceptaciones telefónicas no se adujo como prueba en la resolución acusatoria, expresa que en materia probatoria rigen los principios de *comunidad de la prueba* e *investigación integral*. En lo que atañe al primero, la consecuencia es que la prueba no pertenece a ningún sujeto en particular sino al proceso, y en cuanto al segundo, este le impone la carga procesal al juez de valorar todas las pruebas que hubieren sido recaudadas a través de la actuación, sin quedar limitado a las pruebas invocadas por los sujetos procesales (Corte Constitucional, 2009).

Así las cosas, el principio de comunidad de la prueba o adquisición procesal, tal como se ha referenciado, apunta a ratificar que la prueba no es propiedad de quien la aporta, que esta llega al

²⁸ Con aportes como los del maestro Giuseppe Chiovenda, que también han sido desarrollados por el profesor Devis Echandía.

²⁹ Norma aplicable al presente asunto, teniendo en cuenta que: el recurso de apelación fue presentado por la parte actora, dentro del proceso 45604, el 13 de agosto de 2012; el recurso de alzada fue interpuesto por el demandante, dentro del proceso 45019, el 11 de mayo de 2012; el recurso de apelación fue presentado por la Nación – Fiscalía General de la Nación y la parte actora, dentro del proceso 46847, el 7 y 6 de septiembre de 2012, respectivamente; y, el artículo 627 del Código General del Proceso (CGP) estableció: “Los demás artículos de la presente ley entrarán en vigencia a partir del primero (1o) de enero de dos mil catorce (2014) [...]”.

proceso para desentramar la pugna o el conflicto. La prueba se desliga de su interés privado y pasa a unirse a los propósitos procesales, de allí que pueda ser usada en beneficio o perjuicio de cualquier parte procesal. Esta podrá ser usada en favor de quien afirma el daño, pero no posee el elemento que así lo prueba, en el proceso de responsabilidad médica estatal, las pruebas decisivas para demostrar la actuación diligente o negligente normalmente están en manos del profesional que practica el procedimiento médico, no obstante, podrá ser usada por el demandante. Aunque, en principio, quien está obligado a probar es quien afirma el hecho, en virtud de la *carga dinámica de la prueba*, regulada en el artículo 167 del Código General del Proceso colombiano, esta carga procesal se puede trasladar al demandado. El demandante, aunque puede que no tenga las condiciones de aportar las pruebas de lo que alega, puede usar la aportada por el demandado, de hecho, ese elemento le puede otorgar la victoria en el proceso, aunque no fue él quien lo aportó.

En lo que atiene a la *carga dinámica de la prueba*, esta institución posibilita que, aunque la persona profesional específica –en virtud de la distribución de la carga de la prueba–, sea la obligada a probar una actuación correcta en la práctica del procedimiento que se demanda, esa prueba aportada puede ser controvertida por la parte demandante quien no la poseía, en últimas, el *principio de comunidad de la prueba* –o *comunidad de la prueba*– nos brindará la oportunidad de que sin importar quien haga el aporte probatorio, este llegará como una propiedad directa del proceso y podrá ser de común utilización, esto ayudará al proceso a cumplir con su finalidad.

2.2. *Deber de colaboración procesal*

La inclusión de este numeral es necesaria para el presente trabajo; de allí, que, luego de hablar de la prueba como elemento de común utilización, debamos pasar a estudiar –por lo menos, *grosso modo*– lo que respecta a la colaboración que deben tener los diferentes actores para con el proceso. Recordemos, partimos de la idea de que para que el proceso logre su cometido, las partes deberán desarrollar conductas que faciliten el desarrollo del trámite procesal.

El *deber de colaboración procesal* es una herramienta que impone a los diferentes actores dentro del proceso, ciertos comportamientos tendientes a favorecer el sano³⁰ desarrollo de este. La colaboración, implica solidaridad o ayuda, implica un comportamiento tendiente a generar beneficio directo al proceso.

³⁰ Como sano debe entenderse, un proceso que tenga los menores obstáculos posibles en su trámite, un proceso que ojalá se lleve a cabo sin maniobras tendientes a dilatarlo o alargarlo de forma mal intencionada.

Por su lado, Diego Palomo Vélez ha sostenido respecto de la colaboración, que la moralización y el solidarismo, se incorporan para dejar de lado esa idea de concebir al proceso como una contienda entre partes que se enfrentan ante un tercero imparcial, y en la carrera por la búsqueda de la verdad objetiva, se redefine el principio de buena fe procesal para incorporar el deber de colaboración entre todos los actores del proceso, esto incluye los deberes del juez, así como los de integridad y veracidad de las partes (Palomo Vélez, 2013).

Autores como Daniel Mitidiero han hablado de la relevancia de tener un proceso cooperativo y al respecto ha dicho que el proceso civil, gana cooperativismo en la medida de que todos los actores procesales puedan contribuir al desarrollo de este. Reconoce que a las partes les toca la fijación del mérito de la causa, pero también señala que es el juez quien revisa la viabilidad del proceso. Se entiende que, por un lado, a las partes les corresponde generar el impulso para el nacimiento del trámite, y que, por otro, al juez le corresponde revisar la viabilidad para la continuidad y desenlace del mismo. De esta manera todos los actores aportan a un verdadero proceso cooperativo (Mitidiero, 2009, págs. 141,142).

No podríamos pasar de largo sin revisar la dificultad que surge, según el citado autor, cuando hay caso de contumacia o rebeldía dentro del proceso, para lo cual se deben aplicar los remedios que la norma ha creado al respecto:

Todavía en tema de formación del objeto litigioso, se ofrece como un punto sensible dentro de esta problemática la disciplina de rebeldía en nuestro derecho positivo, asunto umbilicalmente ligado con el valor de la igualdad y con la máxima de la cooperación en el proceso civil. Es notorio que nuestro legislador otorgara un riguroso tratamiento al rebelde: de la contumacia del demandado, hizo surgir la presunción de veracidad de las alegaciones de hecho del demandante (art. 319, CPC), permitió la comunicación de los actos procesales ulteriores al rebelde (art. 332, CPC), posibilitó el juzgamiento inmediato del pedido (art. 330, inciso II, CPC) (Mitidiero, 2009, pp. 143 y 144).

A la luz de Daniel Mitidiero, la misma norma, en aras de evitar que se obstaculice el proceso cooperativo o la colaboración de los actores con el proceso, estipuló drásticas medidas para evitar la obstaculización procesal, o el fracaso del trámite. De esta manera al rebelde que se niega a cooperar, deberá recibir consecuencias procesales.

Esto nos lleva a pensar qué pudiera ocurrir si la parte demandada en un proceso de responsabilidad médica estatal se negara a aportar la prueba o simplemente tomara actitudes contumaces tendientes a obstaculizar el esclarecimiento de la verdad en el proceso. Sobre este

aspecto, procuraremos aproximarnos sobre las consideraciones jurisprudenciales en el próximo capítulo; no obstante, se advierte que de las actitudes desobligantes del demandado o del demandante, deberá encargarse el fallador no solo para sacar posibles conclusiones procesales, sino también, para generar las sanciones respectivas a la parte renuente, con una posible consecuencia consistente en la comprobación de los hechos afirmados; eso sí, aplicando otras herramientas procesales como los indicios o las presunciones, que ya fueron objeto de estudio en el presente trabajo.

Así las cosas, eludir el deber de colaboración procesal en los procesos, como el de responsabilidad médica estatal –sino es que en todos–, en condiciones normales podrá tener peso probatorio, máxime, cuando se trata de un proceso en donde la carga dinámica de la prueba, se aplica justamente por criterios de equidad, dado que quien afirma un hecho no está en facilidad de probarlo, mal haría el ordenamiento permitir que la única parte que posee la prueba pudiera simplemente ser renuente a aportarla y no tuviera consecuencia alguna. Sería una complacencia con la injusticia y con la deslealtad procesal.

De allí que el deber de colaboración procesal facilita la posibilidad de materializar figuras como la *carga dinámica de la prueba*, genera un impulso importante que incentiva la aportación probatoria.

2.3. Libre valoración de la prueba y dirección del proceso

La libre valoración de la prueba tiene arraigo en una actividad netamente jurisdiccional, pues le compete al juez, valorarla y en últimas, con base a esa valoración tomar una decisión.

En procesos de responsabilidad médica esta adquiere una importancia particular. Ese protagonismo, afincado en el fallador como director del proceso, no solo sirve para la valoración racional de la prueba, sino también para que el juez –si así lo considera necesario– ordene la distribución de la carga de la prueba o, en términos concretos, la aplicación de la carga dinámica de la prueba respetando los postulados legales que sobre la materia ya reguló el Código General del Proceso colombiano. En ejercicio de su sana crítica, el juez adquiere libertad para de manera razonable, distribuir la carga de la prueba y posteriormente, le corresponde fallar.

A este concepto –al de libre valoración de la prueba–, no se le atribuye una fecha específica de creación o nacimiento, más bien, se le relaciona con los primeros juicios jurisdiccionales existente, así lo sostiene Jordi Nieva Fenoll:

Como ya se dijo, el sistema de valoración libre de la prueba no nace en ningún momento histórico concreto, o bien podría decirse que surge en el mismo momento en que se realizaron los primeros juicios jurisdiccionales. Se describe muy simplemente. Basta con decir que se trata del sistema que se genera espontáneamente, sin más reflexión ni directriz, del uso cotidiano de la mente humana. Y por ello, como vimos, normas muy remotas lo daban por sentado sin prestarle una especial atención (2010, p. 65).

La valoración de la prueba no es un hecho aislado, pues ocupa gran parte del protagonismo judicial a la hora de definir o resolver el conflicto, al respecto se ha dicho:

La doctrina ha reflexionado fundamentalmente acerca del objetivo general de la actividad probatoria: la averiguación de... ¿la verdad? En ese punto, y con ese interrogante, se ha desarrollado buena parte de la investigación doctrinal en este sentido, y ahí se ha concentrado también la imaginación de los diversos legisladores. En realidad, se trataba de decirle al juez el objetivo que tiene que conseguir, a fin de que pudiera encauzar mejor su pensamiento, lo cual ha tenido muy diferentes manifestaciones que serán examinadas a continuación. En este sentido se ha querido distinguir entre certeza, verdad, verosimilitud, probabilidad, credibilidad, íntima convicción, duda razonable y algunas otras categorías que, en realidad, sólo tratan de guiar al juez en la realización de una actividad compleja: valorar la prueba y, en definitiva, juzgar (Nieva Fenoll, 2010, p. 66).

Con sentencia del 11 de octubre de 2021, el Consejo de Estado hizo algunas aclaraciones respecto de algunas discrepancias que pueden surgir a las partes con la decisión tomada; fue enfático en dejar claro que dichas diferencias no podían tomarse como vicios o yerros, pues en ejercicio de la libre valoración de la prueba, al juez le compete otorgarle la interpretación o lectura respectiva a la misma una vez valorada, así se expresó:

Visto lo anterior, estima esta Sala que las presuntas deficiencias alegadas respecto de la decisión adoptada en sede de segunda instancia dentro del proceso contencioso administrativo de reparación directa, responden, en realidad, a una mera discrepancia valorativa sobre el resultado desfavorable del proceso que no es susceptible de admitirse como una causal de procedibilidad especial, pues siempre que se trate de interpretaciones diversas y razonables, es el juez natural el llamado a fijar aquella que mejor se ajuste al caso de que se trate, conforme a los criterios de la sana crítica, en virtud de su autonomía e independencia y la libre valoración de la prueba (Consejo de Estado, 2021d).

La libre valoración de la prueba es un instrumento jurisdiccional que otorga el protagonismo respectivo al juez para dirigir el trámite probatorio, de su distribución se desprende una fuerte incidencia en la decisión a tomar. La libre valoración de la prueba permite que el juez, si así lo determina, distribuya en los términos legales la carga procesal de probar, para luego, valorar la prueba practicada. En los procesos de responsabilidad médica estatal, dada la posible desventaja probatoria de una de las partes, este instrumento, puede ayudar a otorgarle equidad al trámite judicial aplicando instituciones como la carga dinámica de la prueba, que como ya se ha dicho en este trabajo, surge como una alternativa para hacer el proceso más equitativo.

CAPÍTULO III: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA CARGA DINÁMICA EN PROCESOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA - DESDE EL AÑO 2014 AL AÑO 2022

En este capítulo nos dedicaremos a estudiar pronunciamientos emitidos por la Sección Tercera del Consejo de Estado en relación con el medio de control de reparación directa en la responsabilidad médica. La delimitación temporal del análisis es la comprendida desde el 1 de enero de 2014 –fecha en que entra en vigencia el artículo 167 de la Ley 1564 de 2012 para la jurisdicción de lo contencioso administrativo– al 2021, desde la primera fecha se introdujo en la legislación colombiana vía disposición la *carga dinámica de la prueba*. No huelga recordar que el propósito principal de nuestro trabajo es identificar si en esta jurisprudencia se han presentado variaciones de carga de la prueba o de flexibilización probatoria.

La metodología adoptada es el estudio documental de estas decisiones, tomando como estrategia identificadora la búsqueda en la página web del Consejo de Estado³¹, a través de palabras clave como: “carga dinámica de la prueba”, “carga de la prueba responsabilidad médica”, “carga probatoria”, “falla del servicio”, “responsabilidad médica carga dinámica de la prueba”. Igualmente, se utilizó otra base de datos como Legis Xperta³², haciendo el mismo ejercicio de pesquisa. Con esto se forma un conjunto de datos (*data set*) con el que operamos.

El estudio del conjunto de sentencias parte de la más actualizada hasta la más antigua. Esta forma de estructurar el trabajo nos permite identificar si existían referencias o remisiones a decisiones previamente emitidas. Hasta cierto punto, se sigue la metodología de *ingeniería reversa* sugerida por Diego E. López Medina (2006, 167-168). Adicionalmente, con tal información se busca establecer alguna hoja de ruta.

La consolidación de la información se plasma en tres momentos: i) se analizan aquellas decisiones que han sido emitidas bajo el uso taxativo del término “carga de la prueba”; ii) se las compara con el concepto que hemos expuesto en el capítulo precedente; iii) se agrupan los pronunciamientos en los que, pese a no mencionar el término, sí hay una aplicación del concepto.

Analizamos de manera conjunta las dinámicas probatorias, tanto las referidas a los indicios, como las que resuelven una flexibilización probatoria o aplican estrictamente el artículo 167 del

³¹ <https://www.consejodeestado.gov.co/>

³² <https://xperta.legis.co/>

Código General del Proceso –carga dinámica de la prueba *stricto sensu*– para concluir si en ese marco decisivo esta figura se confunde con los indicios y las presunciones.

Así, el concepto de carga dinámica será estudiado en el presente trabajo buscando identificar si el Consejo de Estado en la Sección Tercera lo ha aplicado, o si por el contrario en asuntos de responsabilidad médica existen otras figuras procesales que puedan tener elementos comunes con el mencionado concepto.

1. RELACIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO

Las decisiones encontradas en la búsqueda de la información fueron 51³³. De manera general, puede afirmarse que en su gran mayoría continúan respondiendo a la aplicación del indicio como medio de prueba estelar para resolver la *litis*; no obstante, de la forma como se aplica tal figura probatoria se genera un desequilibrio en el proceso que no responde al principio de igualdad y cuya propuesta para subsanar tal hallazgo se encuentra, a nuestro juicio, en la aplicación expresa del contenido del artículo 167 del Código General del Proceso.

Se relacionan las sentencias estudiadas para ilustración:

N°	Sala	Fecha	Radicado	Consejero Ponente
1	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C	12 de febrero de 2014	25000-23-26-000-1999-01592-01(27914)	Olga Mérida Valle De La Hoz
2	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C	14 de mayo de 2014	19001-23-31-000-2003-00601-01(35502)	Olga Mérida Valle De La Hoz
3	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B	13 de julio de 2014	50001-23-31-000-1998-00216-01(31799)	Danilo Rojas Betancourt
4	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B	3 de octubre de 2016	08001-23-31-000-1999-00685-01(31159) A	Ramiro Pazos Guerrero

³³ Las cuáles fueron incorporadas en el cuadro para ilustración.

5	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C	8 de mayo de 2017	52001-23-31-000-2001-00746-01 (36738)	Jaime Enrique Rodríguez Nava
6	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A	3 de agosto de 2017	73001-23-31-000-2012-00365-01(1162-14)	William Hernández Gómez
7	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B	24 de octubre de 2017	11001-03-15-000-2017-02324-00 (AC)	Carmelo Perdomo Cuéter
8	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C	11 de marzo de 2019	05001-23-31-000-2005-05681-01(43822)	Jaime Enrique Rodríguez Navas
9	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C	29 de abril de 2019	23001-23-31-000-2009-00180-01(55350)	Jaime Enrique Rodríguez Navas
10	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta.	12 de septiembre de 2019	11001-03-15-000-2019-03681-00(AC)	Luis Alberto Álvarez Parra
11	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C	13 de octubre de 2020	23001-23-31-000-2009-00254-01(49215)	Guillermo Sánchez Luque
12	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C	19 de noviembre de 2020	05001-23-31-000-2005-04783-01(57055)	Guillermo Sánchez Luque
13	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C	16 de diciembre de 2020	70001-23-31-000-2001-00959-01(42717)	Guillermo Sánchez Luque
14	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C	18 de diciembre de 2020	13001-23-31-000-2005-11734-01(41188)	Guillermo Sánchez Luque
15	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B	10 de febrero de 2021	68001-23-33-000-2013-00062-01(50630)	Ramiro Pazos Guerrero
16	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B	3 de abril de 2020	70001-23-31-000-2002-01089-01(54886)	Martín Bermúdez Muñoz

17	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A	9 de abril de 2021	68001-23-33-000-2014-00026-01(60265)	Marta Nubia Velásquez Rico
18	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C	28 de mayo de 2021	66001-23-31-000-2009-10004-01(54369)	Guillermo Sánchez Luque
19	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C	25 de junio de 2021	73001-23-31-000-2011-00181-01(51538)	Guillermo Sánchez Luque
20	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C	6 de julio de 2021	25000-23-26-000-2010-00798-01(53249)	Guillermo Sánchez Luque
21	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B	16 de julio de 2021	44001-23-31-000-2010-00065-03(60480)	Martín Bermúdez Muñoz
22	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A	13 de agosto de 2021	66001-23-31-000-2010-00386-01(54380)	José Roberto Sáchica Méndez
23	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A	27 de agosto de 2021	76001-23-31-000-2008-00263-01(65556)	Martha Nubia Velásquez Rico
24	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C	6 de septiembre de 2021	70001-23-31-000-2008-00127-01(61723)	Jaime Enrique Rodríguez Navas
25	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A	11 de octubre de 2021	50001-23-31-000-2010-00202-01(52565)	José Roberto Sáchica Méndez
26	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A	8 de noviembre de 2021	18001-23-31-000-2006-00364-01(46258)	María Adriana Marín
27	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B	18 de noviembre de 2021	05001-23-31-000-2004-05348-01(44733)	Alberto Montaña Plata
28	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C	28 de mayo de 2021	05001-23-31-000-2004-03851-02(48071)	Guillermo Sánchez Luque

29	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C	26 de julio de 2021	05001-23-31-000-2006-00405-01(49906)	Nicolás Yépes Corrales
30	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A	27 de agosto de 2021	11001-03-15-000-2021-01420-01(AC)	María Adriana Marín
31	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B	8 de septiembre de 2021	05001-23-31-000-2005-00473-01(47285)	Alberto Montaña Plata
32	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B	8 de septiembre de 2021	23001-23-31-000-2006-00885-01(49836)	Alberto Montaña Plata
33	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B	8 de septiembre de 2021	68001-23-31-000-2006-03475-01(49198)	Alberto Montaña Plata
34	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C	13 de septiembre de 2021	13001-23-31-000-2003-00631-01(44783)	Guillermo Sánchez Luque
35	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A	24 de septiembre de 2021	68001-23-31-000-2010-00375-01(55903)	María Adriana Marín
36	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección B	30 de septiembre de 2021	11001-03-15-000-2021-05893-00(AC)	Carmelo Perdomo Cuéter
37	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección B	8 de octubre de 2021	13001-23-31-000-2011-00050-01(52092)	Nicolás Yépes Corrales
38	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección B	11 de octubre de 2021	66001-23-33-002-2010-00268-01(52647)	Martín Bermúdez Muñoz
39	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección A	11 de octubre de 2021	68001-23-31-000-2008-00054-01(56290)	María Adriana Marín
40	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección A	22 de octubre de 2021	68001-23-31-000-2002-02841-01(45830)	María Adriana Marín

41	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A	8 de noviembre de 2021	05001-23-31-000-2002-00115-01(53005)	José Roberto Sáchica Méndez
42	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A	8 de noviembre de 2021	18001-23-31-000-2006-00364-01(46258)	María Adriana Marín
43	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B	18 de noviembre de 2021	05001-23-31-000-2004-05348-01(44733)	Alberto Montaña Plata
44	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B	18 de noviembre de 2021	13001-23-31-000-2006-01322-01(52366)	Fredy Ibarra Martínez
45	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C	19 de noviembre de 2021	66001-23-31-000-2011-00110-01(52362)	Nicolás Yépes Corrales
46	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A	22 de noviembre de 2021	66001-23-31-000-2010-00289-01(46508)	María Adriana Marín
47	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C	7 de diciembre de 2021	05001-23-31-000-2002-02798-01(50954)	Guillermo Sánchez Luque
48	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C	13 de diciembre de 2021	05001-23-31-000-2010-01025-01(52207)	Guillermo Sánchez Luque
49	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A	4 de marzo de 2022	73001-23-31-000-2011-00439-01(48147)	María Adriana Marín
50	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A	18 de marzo de 2022	66001-23-31-000-2006-00675-02(42834)	María Adriana Marín
51	Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A	30 de agosto de 2022	05001-23-31-000-2008-00540-01(49835)	María Adriana Marín

2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

En este acápite analizamos la jurisprudencia de la sección tercera del Consejo de Estado, siendo concedores del antecedente jurisprudencial³⁴ en el que, en palabras de Pérez Restrepo (2011, pp. 210-211), “se resquebrajó la carga dinámica de la prueba como modalidad de carga procesal para decidir los casos de responsabilidad administrativa por la actividad médica”.

Al respecto, es importante referenciar que nuestra investigación parte del año 2014, momento en que se regula la teoría de la *carga dinámica de la prueba*, y con ello entenderemos que la investigación antecedente (año 2011) se realizó con arreglo expreso a la jurisprudencia, pues tal teoría no se había integrado al ordenamiento jurídico colombiano vía disposición normativa.

Nuestro análisis parte de este punto temporal en razón de la premisa: “el Consejo de Estado no aplica la teoría de la carga dinámica”, o si, por el contrario, con la vigencia de este postulado dicha premisa se ha modificado, amén de que este tribunal ha introducido en sus pronunciamientos variantes que impliquen su aplicabilidad o permitan vislumbrar algún asomo de reaparición.

Con el mencionado artículo del C.G.P. se introdujo un cambio importante en la forma como se había entendido el concepto de carga de la prueba en la jurisdicción civil y que, por remisión del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, también en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Como lo hemos dicho, este precepto tiene que ver con la posibilidad del juez para distribuir la carga, ya sea de oficio o a petición de parte, lo que podría generarse durante la práctica de la prueba o en cualquier otro momento; previo al fallo.

El juez podrá hacer uso de tal contenido normativo imponiendo a una de las partes que pruebe determinado hecho, ya sea porque se encuentra en mejor posición de probar por presentar mayor cercanía con el material probatorio, o porque tiene en su poder el objeto de la prueba. También puede hacerlo por el criterio de circunstancias técnicas especiales o porque la parte intervino directamente en los hechos que dieron lugar al litigio. Finalmente, otra de las causales para la aplicación de distribución de la carga de la prueba está relacionada con el estado de indefensión o de incapacidad de la contraparte.

No obstante, si ninguna de las premisas se cumple, el juez se encuentra habilitado para distribuirla solo en circunstancias similares a las ya descritas.

2.1. Decisiones bajo el concepto taxativo de carga de la prueba

³⁴ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 31 de agosto de 2006. Expediente N° 15772.

Actualmente el Consejo de Estado resuelve los procesos de reparación directa por responsabilidad médica bajo el régimen de responsabilidad de falla probada. Podemos sintetizar este régimen así: el demandante le corresponde acreditar: la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad³⁵. El alto tribunal ha reiterado la posición que regresó a la falla probada y que hoy persiste³⁶.

La jurisprudencia es incisiva en determinar que, no obstante presentarse una carga de la prueba en la parte que alega la falla en el servicio, el nexo de causalidad puede ser acreditado de diversas formas, tales como: la utilización de indicios y ello atendiendo al carácter técnico de la actividad médica y a la dificultad probatoria que conlleva acreditar en esta materia la responsabilidad del Estado³⁷.

No obstante, como veremos a continuación, existen excepciones a esta regla general de carga de la prueba, y consiste principalmente en que, por razones de incumplimiento de deberes a cargo del demandado –verbigracia, la no aportación de historia clínica, o la incorporación deficiente de la misma–, genera una inversión de la carga de la prueba³⁸, porque eleva tal conducta a la configuración del indicio de falla del servicio.

2.1.1. Hechos determinantes de la decisión

³⁵ Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. “Isaías Alvarado Rincón/ E.S.E. Hospital Materno Infantil de Soledad”, 11 de mayo de 2022. Expediente: 0958.

³⁶ “No obstante que el modelo de responsabilidad extracontractual del Estado colombiano no privilegió un título de imputación, la posición de la Corporación en esta época se orienta en el sentido de que la responsabilidad médica, en casos como el presente, debe analizarse bajo el tamiz del régimen de la falla probada, lo que impone no sólo la obligación de probar el daño a cargo del demandante, sino, adicional, e inexcusablemente la falla por el acto médico y el nexo causal entre esta y el daño, sin perjuicio de que en los casos concretos el juez pueda, de acuerdo con las circunstancias, optar por un régimen de responsabilidad objetiva”. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 31 de agosto de 2006. Expediente N° 15772.

³⁷ Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Subsección A. “Margarita María Puerta García/ Fundación Médico Preventiva Para el Bienestar Social Ltda. y Otros”, 8 de noviembre de 2021. Expediente: 0115.

³⁸ Respecto de la inversión de la carga de la prueba adujo el Consejo de Estado: “la Sala reestudió esta modalidad de responsabilidad extracontractual del Estado, para concluir que, en principio, puesto que se sustenta en la afirmación, por la parte interesada, de la existencia de un incorrecto funcionamiento del servicio a cargo de entidades públicas, el régimen procedente es el de la falla probada, conforme al cual recae en el demandante la carga de probar no sólo el daño antijurídico por el que reclama, sino también que el mismo se produjo a causa de la actuación u omisión estatal –nexo causal-, y que esta actuación u omisión, constituyeron una falla del servicio, admitiéndose sólo de manera excepcional la posibilidad de la inversión de la carga de la prueba, en cuanto a la falla del servicio, cuando tal exigencia, fundada en lo dispuesto por el artículo 177 del C.P.C., resultara absolutamente excesiva para la parte actora y por lo tanto contraria a la equidad prevista en el artículo 230 de la Constitución Política como criterio auxiliar de la actividad judicial”. Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. “María Alicia Escudero Ledezma / Hospital San Vicente de Paúl”, 20 de febrero de 2008. Expediente: 2755.

De las jurisprudencias identificadas, iniciamos con la decisión del 27 de agosto de 2021 – Consejera Ponente María Adriana Marín–. En ella se emite en el marco de una tutela contra providencia judicial³⁹. Se argumenta por el accionante la existencia de defecto fáctico por inadecuada valoración probatoria, buscando que se amparen sus derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia por considerarlos vulnerados con la sentencia del 8 de julio de 2020 –emitida en proceso de reparación directa dentro del proceso con radicado 2015-00448-01⁴⁰–. El Consejo de Estado concedió el amparo constitucional y ordenó al accionado proferir una nueva decisión en la que valorara debidamente las pruebas allegadas al expediente y diera una correcta aplicación a la jurisprudencia.

Para dar solución a la acción de tutela, el Consejo de Estado expuso que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca erró al revocar la decisión del *a quo*, principalmente con el argumento de no incorporación de la historia clínica a los medios probatorios, expone, además, que ello desconocía el precedente pacífico y consolidado fijado por esa corporación⁴¹ en el que ilustra que constituye un indicio grave la renuencia en suministrar la historia clínica clara y completa del paciente, o no documentar datos relevantes de la prestación médica.

En esta oportunidad el Consejo de Estado consideró que existía una línea jurisprudencial que se había construido en la que se indicaba que: “es claro que la carga de la prueba se invierte cuando

³⁹ Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. “Rosalba Rivera Castrillón/ Tribunal Administrativo del Valle del Cauca”, 27 de agosto de 2021. Expediente: 1420.

⁴⁰ El argumento principal que motivó la acción de tutela es que el juez de segunda instancia incurrió en defecto fáctico al exonerar al INPEC de responsabilidad por considerar que los demandantes no demostraron la falla en la prestación del servicio al no aportar la historia clínica. Al respecto, el Consejo de Estado en su decisión afirmó: en el fallo impugnado, la Sección Primera de esta Corporación concluyó que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca incurrió en los defectos mencionados, teniendo en cuenta que, en principio, le correspondía a la parte actora aportar la historia clínica; sin embargo, como dicha prueba se encontraba en poder del INPEC, era la entidad la obligada a allegarla, razón por la cual no podían negarse las pretensiones de la demanda de reparación directa. Asimismo, arguyó que la autoridad judicial accionada no valoró que la entidad fue requerida en múltiples ocasiones para que cumpliera con lo pedido e hizo caso omiso, situación que demostraba su interés por ocultar un hecho que le resultaba adverso.

⁴¹ Para apoyar el argumento de las consecuencias en la renuencia para aportar la historia clínica el Consejo de Estado citó las sentencias: i) del 31 de agosto del 2006, expediente 15.772, M.P. Ruth Stella Correa Palacio; ii) del 25 de abril de 2012, expediente 21.861, M.P. Enrique Gil Botero; iii) del 28 de febrero de 2013, expediente 25.075, M.P. Danilo Rojas Betancourth; iv) del 13 de noviembre de 2014, del 30 de noviembre de 2017 y del 30 agosto de 2018, expedientes 31.182, 43.378 y 41.860, M.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero; v) del 14 de septiembre de 2017, expediente 38.515, M.P. Martha Nubia Velásquez Rico (e); vi) del 27 de septiembre de 2018, expediente 40.036, M.P. María Adriana Marín; vii) del 29 de abril de 2019, expediente 55.350, Jaime Enrique Rodríguez Navas; viii) del 29 de septiembre de 2015, del 3 de agosto de 2017, del 1º y del 9 de agosto de 2018, expedientes 28.487, 40.683, 39.864 y 43.841, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo y viii) del 10 de septiembre de 2015, expediente 2014-03476-01 (AC), M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

la parte actora no logra acceder a la misma por sus medios y el incumplimiento de tal deber resulta adverso respecto de quien está en la capacidad para hacerlo, pero asume una conducta pasiva”⁴².

Manifestó el despacho –con apoyo jurisprudencial antecedente⁴³– que el solo ocultamiento de la historia clínica constituye *per se* una falla del servicio. Se transcribe tal aparte:

De otra parte, en relación con la historia clínica como medio probatorio en aquellos casos en los cuales se pretende demostrar la falla del servicio de salud, esta Corporación ha recalcado que tal documento es de gran importancia, dado que permite observar el manejo clínico del paciente, al punto de señalar que el solo ocultamiento constituye, *per se*, una falla del servicio por entorpecer la administración de justicia.

De otra parte, en relación con la historia clínica como medio probatorio en aquellos casos en los cuales se pretende demostrar la falla del servicio de salud, esta Corporación ha recalcado que tal documento es de gran importancia, dado que permite observar el manejo clínico del paciente, al punto de señalar que el solo ocultamiento constituye, *per se*, una falla del servicio por entorpecer la administración de justicia.

El Consejo de Estado reprocha al Tribunal del Valle del Cauca el no haber tenido en cuenta la presunción de falla por el indicio derivado de la no entrega de la historia clínica; sin embargo, no hace alusión a los demás medios de prueba, pues en el expediente obraban otros medios como prueba pericial, historia clínica del Hospital Universitario del Valle, informe de necropsia, testimonio y todos fueron analizados por el tribunal. Se echa de menos ese estudio probatorio para determinar si el indicio operaba, o en conjunto con los demás medios de prueba, y podía concluirse la no responsabilidad del INPEC.

La configuración del indicio de falla del servicio –que genera la inversión de la carga de la prueba– no aplica únicamente para eventos en que el demandado oculte la historia clínica, sino también para aquellos escenarios en que aporta el documento de manera incompleta⁴⁴.

⁴² Como ampliación del argumento encontramos el siguiente considerando en el mismo pronunciamiento: “Desconocimiento del precedente judicial, dado que el Consejo de Estado ha señalado que la renuencia a suministrar la historia clínica clara y completa del paciente o el hecho de no documentar datos relevantes de la prestación médica constituye un indicio de falla del servicio médico, máxime cuando la parte actora no puede acceder a la misma, criterios jurisprudenciales que fueron ignorados en el caso concreto”.

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 28 de febrero de 2013, expediente 25.075, M.P. Danilo Rojas Betancourth. Criterio expuesto también en: i) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia 25 de abril de 2012, expediente 21.861, M.P. Enrique Gil Botero y ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 25 de agosto de 2011, expediente 19.719, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴⁴ Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. “Yenny Margot Vanegas Hurtado/ Secretaría Distrital de Salud de Bogotá”, 14 de septiembre de 2017. Expediente 2367.

Seguidamente, nos referimos a la decisión que data del 9 de abril de 2021, en el que el Consejo de Estado con ponencia de Martha Nubia Velásquez Rico⁴⁵ resuelve caso en el que se plantean supuestos fácticos relacionados con la señora Silvia Juliana Jaimes Jiménez, quien falleció el día 6 de noviembre de 2011, luego de ser diagnosticada con dolor abdominal por gastritis crónica. Afirmaron los demandantes una falla en el servicio de las entidades demandadas⁴⁶ porque inicialmente le dieron de alta a la señora Jaimes, quien consultó posteriormente por persistencia del dolor, indican que durante la atención estas entidades realizaron diferentes diagnósticos sin el debido soporte de exámenes de laboratorio.

Al resolver el caso, el alto tribunal de lo contencioso administrativo confirmó la decisión de negar las pretensiones de la demanda por ausencia de prueba de causalidad. En dicha motivación indicó que no existía material probatorio para establecer -ni siquiera con indicios- cuál fue la causa de la muerte de la paciente, no obstante, el Consejo de Estado hizo referencia a que la causalidad debe ser probada por el demandante y que ésta no se presume, ni siquiera en aquellos asuntos en los cuáles se utilice un régimen de responsabilidad objetiva.

Adicionalmente, indicó que si bien es cierto se permite el uso de indicios tal ejercicio debe obedecer al cumplimiento de algunos requisitos y para ilustrar al respecto citó jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la que se estableció:

El indicio es un medio de prueba crítico, lógico e indirecto, estructurado por el juzgador a partir de encontrar acreditado por otros medios autorizados por la ley, un hecho del cual razonadamente, y según las reglas de la experiencia, se infiera la existencia de otro hasta ahora desconocido que interesa al objeto del proceso, el cual puede recaer sobre los hechos, o sobre su agente, o sobre la manera como se realizaron, cuya importancia deviene de su conexión con otros acaecimientos fácticos que,

⁴⁵ Bogotá D.C., nueve (9) de abril de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 68001-23-33-000-2014-00026-01(60265), Actor Luis Adrián Díaz Hernández y Otros, Demandado: E.S.E. Hospital Universitario de Santander y Otros.

Bogotá D.C., diez (10) de septiembre de dos mil quince (2015), Radicación número: 2014-03476-01.

“[...] De lo anterior emergen dos conclusiones. La primera, que la renuencia de la entidad demandada a aportar la historia clínica constituye un indicio de su interés por ocultar un hecho que le resulta adverso; y la segunda, que cuando la prueba de la falla del servicio médico se torne extraordinariamente difícil o imposible para la parte demandante, la carga de la prueba se invierte, en virtud del principio de equidad que orienta la actividad judicial.

“[...] Tal es la relevancia de la historia clínica para el esclarecimiento de los hechos, que la Sección Tercera del Consejo de Estado ha llegado a considerar que su solo ocultamiento constituye, en sí mismo, una falla del servicio que da lugar a endilgar responsabilidad administrativa a la respectiva institución por el hecho de distanciar de la verdad a la administración de justicia y a los interesados en comprender las causas del daño que se les haya podido irrogar”.

⁴⁶ Departamento de Santander - Secretaría de Salud Departamental, E.S.E. Hospital Universitario de Santander, E.S.E. Hospital Regional de San Gil, E.S.E. Hospital Juan Pablo Segundo de Aratoca, E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Lebrija y la E.P.S. Coosalud.

estando debidamente demostrados y dentro de determinadas circunstancias, permite establecer, de modo más o menos probable, la realidad de lo acontecido⁴⁷.

En similares términos, la jurisprudencia de esa sección del Consejo de Estado, respecto de la prueba indiciaria, ha precisado que (se transcribe de forma literal, incluidos posibles errores):

[...] en hechos en los que en principio no resulta posible identificar a sus autores materiales, la prueba indiciaria resulta idónea y única para determinar la responsabilidad, pues aquélla compagina elementos debidamente comprobados para arribar con ellos a la certeza de otros y así mismo endilgar responsabilidad a los inculpados.

Se trata de un medio de prueba permitido que demanda la demostración del hecho indicador, para así tener como probado el inferido. En este escenario, la existencia de una serie de hechos acreditados por cualquiera de los medios probatorios previstos por la ley, estrechamente vinculados con el ilícito, conducen necesariamente a la imputación de la responsabilidad. Los indicios se constituyen en la prueba indirecta por excelencia, pues a partir de un hecho conocido y en virtud de una operación apoyada en las reglas de la lógica y en las máximas de la experiencia, se establece la existencia de un hecho desconocido⁴⁸.

Valga la pena hacer referencia a las demás decisiones estudiadas⁴⁹ en las cuales se insiste en que en procesos de responsabilidad médica el indicio es la prueba indirecta por excelencia; no obstante, consideramos que cuando se realiza la valoración del indicio pareciera que el fallador le otorga un extremado protagonismo apreciándolos sin relacionarlos con los demás medios de prueba; tal como se exige en el artículo 242 del Código General del Proceso⁵⁰.

Tal premisa tiene sustento en el pronunciamiento del Magistrado Alberto Montaña Plata en donde se negó la aplicación de configuración de indicio porque el demandante no cumplió con la carga de gestionar el exhorto de solicitud de la historia clínica al demandado⁵¹, en palabras textuales el Alto Tribunal expresó:

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 26 de octubre de 2000, Exp. 15610.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P.: Hernán Andrade Rincón, Bogotá, D. C., 23 de marzo de 2017, Radicación número: 05001-23-31-000-2006-03647-01(50941).

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P.: Guillermo Sánchez Luque, Bogotá, D. C., 28 de mayo de 2021, Radicación número: 05001-23-31-000-2004-03851-02(48071).

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P.: José Roberto SÁCHICA Méndez, Bogotá, D. C., 8 de noviembre de 2021, Radicación número: 05001-23-31-000-2002-00115-01(53005).

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P.: Alberto Montaña Plata, Bogotá, D. C., 8 de septiembre de 2021, Radicación número: 05001-23-31-000-2005-00473-01(47285).

la existencia de indicios no es suficiente por sí misma, para estructurar los elementos de la responsabilidad. Es necesario que estos sean coherentes con el resto del acervo probatorio, luego de una valoración bajo los criterios de la sana crítica y las reglas de la experiencia⁵².

La prueba indiciaria es autónoma y es permitida en los procesos de responsabilidad médica, no obstante, su apreciación debe obedecer a las reglas de la lógica, de las máximas de la experiencia y a la relación con los demás medios de prueba que obren en el proceso, de no ser así, se estaría generando una inversión de la carga de la prueba, para quien no logra desvirtuar el hecho indicador.

2.1.2. Reglas jurídicas de la sentencia judicial

Como fuentes formales principales tenidas en cuenta para resolver las cuestiones jurisprudenciales de cada caso en concreto, se encuentra el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 (este precepto desarrolla el concepto de responsabilidad patrimonial del Estado y el daño antijurídico) y el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil –vigente hasta el día 31 de diciembre de 2013 y que exclusivamente atribuía la carga de la prueba en la parte demandante–. Con ambas disposiciones normativas se generaron varios pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado.

Adicionalmente, también se hace referencia al artículo 1757 del Código Civil. El contenido de esta disposición desarrolla el concepto de titularidad de quien alega una obligación o su extinción, afirmando que le corresponde en consecuencia la carga de probarla. Encontramos como fuente formal también el artículo 249 del Código Civil que desarrolla el concepto de indicios de la conducta procesal de las partes.

Dentro del marco normativo de la jurisprudencia hallamos también las referencias a los artículos 233, 247 y 241 del Código de Procedimiento Civil. Principalmente el análisis que se realiza en las Sentencias analizadas versa principalmente sobre la carga de la prueba enmarcada expresamente en el demandante, siendo éste, según se afirma quién es el responsable de probar que el daño antijurídico se produjo a causa de la actuación u omisión estatal, y que, además, existió entre ellos un nexo causal que constituyó una falla en el servicio.

No se observa en el marco normativo que se haya hecho referencia expresa al artículo 167 de la Ley 1564 de 2012 y sí se cita el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. De la búsqueda

⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P.: Guillermo Sánchez Luque, Bogotá, D. C., 7 de diciembre de 2021, Radicación número: 05001-23-31-000-2002-02798-01(50954).

realizada no se constató la aplicación expresa de la teoría de la carga dinámica, no obstante, se tiene que conforme a las variantes encontradas se encontró la inversión de la carga de la prueba para aquellos eventos en que opera el indicio grave, tal como ya se expuso, sino que se constató la inaplicabilidad del mencionado artículo 177.

La inaplicabilidad se enuncia para aquellos eventos en que la carga probatoria que se atribuye al demandante se torna excesiva, extraordinariamente difícil o prácticamente imposible, bajo estos postulados encontramos que se presenta la inversión a la regla general de la carga de la prueba⁵³.

Esta premisa podría considerarse como eventos similares que habilitan al juez para que aplique la carga dinámica de la prueba, pues conforme a ese contenido normativo la imposibilidad del demandante para allegar la prueba es un criterio que puede asimilarse a los demás eventos en que se consagró la posibilidad de aplicación de la carga dinámica, ello conforme al sustento constitucional del principio de equidad que consagra el artículo 230 de la Constitución Política.

2.1.3. Categorías probatorias presentes en la decisión

La principal categoría que se enuncia para decidir los asuntos de responsabilidad médica en el medio de control de reparación directa es el indicio. Como ya se adujo, el desconocimiento en su aplicación puede generar incluso vía de hecho. Adicional a ello, en muchos casos existe –y se encuentra presente– la prueba pericial, que sin lugar a duda es relevante para aquellos procesos relacionados con la atención médica propiamente dicha, pero no para aquellos en los que se discutan situaciones, por ejemplo, de naturaleza administrativa.

No obstante, vale la pena establecer que, conforme a la remisión normativa del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, para aquellos aspectos no regulados en esta jurisdicción, lo que habilita la utilización de los medios de prueba regulados en el artículo 165 de la Ley 1564 de 2012 es la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualquier otro medio que sea útil para la formación del convencimiento del juez.

⁵³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de diciembre de 2004, rad. 14.421. “Aunque se matizará el referido aserto con la aseveración de acuerdo con la cual dicha regla general se exceptuaría cuando la carga probatoria atribuida al demandante ‘resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y dicha carga se torne, entonces, excesiva. Solo en este evento y de manera excepcional, será procedente la inversión del deber probatorio, previa la inaplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil –que obligaría a la parte actora a probar siempre el incumplimiento por el demandado de su deber de prestar debidamente el servicio mencionado–, por resultar la regla en él contenida, en el caso concreto, contraria a la equidad, prevista en el artículo 230 de la Constitución Política como criterio auxiliar de la actividad judicial”.

En el medio de control de reparación directa por asuntos de naturaleza médica podemos encontrar que es la historia clínica es la principal prueba documental pues conforme lo consagra el artículo 1 de la Resolución 1995 de 1999 en ella: “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”, cuya obligatoriedad de registro se consagró en el artículo 34⁵⁴ de la Ley 23 de 1981.

En igual sentido, se ha pronunciado el Consejo de Estado frente a la importancia de la historia clínica para acreditar la actividad médica dentro de los procesos de reparación directa. Al respecto:

Esta sala considera que el acto médico complejo abarca también las obligaciones consagradas en la ley 23 de 1981, especialmente aquellas referidas a la apertura, manejo, custodia, archivo y conservación de la historia clínica, como elemento esencial en la documentación de la actividad médica prestada en un caso concreto⁵⁵.

Vista la importancia de la historia clínica, podemos afirmar que de la aportación de esta prueba documental depende la práctica o no de prueba pericial, otro medio probatorio de suma importancia para analizar la existencia o no de falla en el servicio se trata pues de que el experto en cada caso en concreto, de cuenta de si la atención que recibió el paciente guardó coherencia con la debida práctica médica, y ello para ilustrar desde la experticia tanto al juez, como a las partes.

Encontramos también que el indicio es un medio de prueba de reiterada usanza para dirimir la *litis*, al respecto consideramos que no siempre la conducta del demandado respecto de la historia clínica obedece al querer ocultar la prueba, es por ello que rescatamos la importancia de aplicar el artículo 167 del Código General del Proceso, pues para este caso específico solo se convertiría en una reiteración de la obligación ya impuesta al demandado.

Conforme al inciso segundo del párrafo primero del artículo 175⁵⁶ de la Ley 1437 de 2011 el demandado deberá aportar la copia íntegra y completa de la historia clínica; no obstante, si se conjuga este mandato legal con la práctica de distribuir la carga, se revestirá el proceso de mayores garantías para que en el evento de no aportar la historia clínica, se pueda generar una aplicación

⁵⁴ 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.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Bogotá, D. C., 24 de abril de 2013, Radicación número: 66001-23-31-000-1999-00494-01(26923)

⁵⁶ Cuando se trate de demandas por responsabilidad médica, con la contestación de la demanda se deberá adjuntar copia íntegra y auténtica de la historia clínica pertinente, a la cual se agregará la transcripción completa y clara de la misma, debidamente certificada y firmada por el médico que haga la transcripción. La inobservancia de estos deberes constituye falta disciplinaria gravísima del funcionario encargado del asunto.

debida de la configuración de indicio, pues se reiteró expresamente al demandado la oportunidad de acreditar una justa causa en el evento en que se torne imposible el aporte probatorio; sin perjuicio del incentivo de aportación probatoria.

2.1.4. Criterio final de resolución de la litis

Como hemos expuesto, la resolución en los asuntos de responsabilidad médica en la jurisdicción de lo contencioso administrativo se apoya principalmente en la prueba indiciaria, y la razón principal de ello es la dificultad probatoria que en muchas de las veces se presenta, valga decir, por la especialidad de la materia y las formas.

En la mayoría de los eventos cuando se ha aplicado la configuración del indicio grave se debe al supuesto fáctico de no aportación de historia clínica por parte del demandado, o al aporte incompleto porque la prueba documental no da cuenta de toda la atención recibida por el paciente.

Al respecto, encontramos que existen eventos en donde existiendo otros medios de prueba, se da prelación a los indicios sin consideración de los demás hallazgos, lo que no corresponde con la lógica procesal, pues es indispensable que al decidir el proceso se valoren todas las pruebas desde criterios de la sana crítica y de las reglas de la experiencia, es decir, estructurar los elementos de la responsabilidad de manera coherente con los demás medios de prueba.

2.1.5. Comparación de la decisión con la delimitación del concepto carga de la prueba

De acuerdo con lo expuesto en los capítulos anteriores, la carga de la prueba es un concepto que se puede analizar de diversas maneras. No existe un criterio único que pueda servir como definición exclusiva, observamos en el análisis jurisprudencial que debido a esta multiplicidad de conceptos es que se presentan decisiones que en muchas de las veces conllevan a una desigualdad para las partes.

El Consejo de Estado –buscando cerrar la brecha en el momento de hacer uso de la regla de juicio cuando es insuficiente el material probatorio– ha generado como fuente principal de la resolución la configuración de falla del servicio. No obstante, tal evento de construir la decisión a partir del análisis del indicio puede generar por sí solo que se desconozcan circunstancias

importantes que pudieron acreditarse en el proceso si se aplicara para cada caso la distribución probatoria.

Alrededor de este concepto se han generado multiplicidad de interpretaciones. En nuestro trabajo nos referiremos a la carga subjetiva de la prueba como aquello que se espera que cada parte haga constar por su propia actividad respecto de lo que le incumbe, siempre y cuando, esos hechos necesiten prueba y no se hayan comprobado como verdaderos (Piquer Marí, 2006, pág. 70).

En este acápite nos ubicaremos en el inciso primero del artículo 167 del Código General del Proceso que regula: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”. Debido a que el posterior título realizaremos el análisis del segundo inciso del precepto. Entonces, adentrándonos en las decisiones que aquí analizamos encontramos que este primer inciso de la normativa vigente no se cumple estrictamente para aquellos eventos de responsabilidad médica en donde se acrediten los supuestos de incumplimiento de aportación de prueba por parte del demandado.

Al ser el demandado quien tiene la custodia y guarda de tal documento se convierte en la parte obligada a integrar oportunamente este medio probatorio, por operar la configuración del indicio de falla del servicio y que debe desvirtuar, so pena de soportar los efectos negativos de la presencia de tal incertidumbre. Esto es: resultar condenado por la imposibilidad de valorar la historia clínica a efectos de determinar la existencia o no de responsabilidad.

Entonces, es la entidad estatal la que tiene a su cargo la incumbencia de probar que existió una prestación del servicio y que la misma se encuentra documentada. Además, es importante afirmar que se le exige además que la historia clínica esté debidamente diligenciada y cumpla con documentar con rigurosidad todos los eventos de la atención, porque, de no ser así, correrá con los mismos efectos procesales negativos de no haberla allegado.

3. EL CONSEJO DE ESTADO Y LAS DINÁMICAS PROBATORIAS EN LOS ASUNTOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA DEL PERIODO DEL AÑO 2014 AL AÑO 2022

Actualmente de la jurisprudencia analizada no se encuentra referencia expresa al artículo 167 de la Ley 1564 de 2012. Las sentencias que se estudiaron citan el artículo 177 del extinto Código de Procedimiento Civil, con las variantes de inversión probatoria cuando no se aporta la historia clínica, se hace de manera incompleta o a la parte demandante le queda imposible allegar la prueba.

Las decisiones se asumen considerando que aquellos eventos en donde la parte demandante cumple con la obligación de peticionar la prueba de la historia clínica, y el demandado, a pesar de haberse requerido no la aporta, sufre la consecuencia de insuficiencia probatoria al momento de emitir la decisión, por lo que opera el indicio de configuración de falla del servicio.

Cierto es que la posición mayoritaria es la configuración del indicio de presunción de falla cuando el demandado no cumple con la obligación de aportar la historia clínica, o la aporta de manera incompleta y, de esta forma, se da solución a estos especiales casos de insuficiencia probatoria para acreditar o no la responsabilidad. Es decir, únicamente cuando la demandada es renuente para aportar este medio probatorio es declarada responsable. Ahora, la regla general es que la carga de la prueba corre en cabeza del demandante y así continúa pronunciándose el Consejo de Estado, excepto en los eventos ya planteados.

Encontramos, no obstante, que existen pronunciamientos que se refieren a la teoría de la carga dinámica de la prueba, no aplicándola expresamente al caso en concreto, pero sí resaltando la importancia de tal figura. Así, hallamos en la sentencia del 22 de octubre de 2021, reiterada en pronunciamientos del 22 de noviembre de 2021; del 4 de marzo de 2022; del 18 de marzo de 2022 y del 30 de agosto de 2022, que el Consejo de Estado manifestó que esta teoría debe ser también considerada debido a que no todos los debates sobre la prestación del servicio médico tienen implicaciones de carácter técnico o científico, por ser relevante para el asunto se transcribe textualmente el pronunciamiento:

En este orden de ideas, si bien el régimen aplicable a los eventos en los cuales se discute la responsabilidad patrimonial del Estado por las actividades médico sanitarias es, de manera general, el de la falla probada del servicio, la especial naturaleza de la actividad en estudio le permite al juez de la causa acudir a diversos medios probatorios, por ejemplo, la prueba indiciaria para formar su convencimiento acerca de la existencia del nexo de causalidad, sin que por ello se pueda afirmar que dicha relación causal se presume.

De igual forma, se debe considerar la teoría de la carga dinámica de la prueba, según la cual, el juez debe establecer en cada caso concreto cuál de las partes está en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia, pues no todos los debates sobre la prestación del servicio médico tienen implicaciones de carácter técnico o científico.

Las decisiones mencionadas citan como apoyo los pronunciamientos de los años 2000, 2004 y 2006, momento en el cual no se había modificado la teoría de la carga dinámica de la prueba y que

se dio a partir de la providencia 15772 de 2006; sin embargo, para el año 2021 se retoma, al menos en términos de referencia, esta teoría de la carga dinámica de la prueba.

Frente al análisis realizado consideramos, entonces, que si el Consejo de Estado aplicara el artículo 167 de la Ley 1564 de 2012 evitaría que se emitieran decisiones únicamente con la construcción de indicios, debido a que cualquier proceso, independiente de su naturaleza, debe tener como premisa la mayor aportación probatoria, pero tal condición cobra mayor importancia en los asuntos de responsabilidad médica.

Para resolver estas cuestiones, continuando con el argumento esbozado, debe existir como mínimo una ilustración respecto del caso en concreto, pues no solo puede resolverse con los contenidos normativos, sino que se torna indispensable comprender la atención que recibió el paciente. Así, cuando hay una eficiente aportación probatoria se disminuye el riesgo de emitir una decisión apartada de la acreditación de los supuestos de hecho. Esta activa participación, en suma, puede lograrse con la dinamización de la carga de la prueba.

Como quedó redactado el artículo 167 del Código General del Proceso se evidencia que lo que busca es materializar la igualdad entre las partes consagrada en el artículo 4 de la mencionada normativa. Como claramente lo establece el precepto, el juez decidirá la distribución según las particularidades del caso; en consecuencia, no se busca generalizar en estos asuntos, sino que se parta del criterio que no todos los procesos pueden resolverse bajo las mismas reglas probatorias.

Los procesos de responsabilidad médica guardan estricta relación con aspectos especialísimos como la evolución del paciente, los antecedentes, las circunstancias de la atención y las situaciones de naturaleza administrativa que puedan presentarse. Cada caso ofrece una particularidad, que, de ser generalizada, puede conllevar decisiones inequitativas.

De los casos analizados, por ejemplo, se observó que la aplicación de los indicios parte esencialmente de una insuficiencia probatoria; es decir, de la no aportación de los elementos mínimos para poder decidir la *litis*. Esto podría aminorarse si se estudia el caso en concreto y se distribuye la carga probatoria. De esta manera, tanto el demandante como el demandado tendrán las mismas oportunidades de aportar las pruebas, pues en el momento en que se les asigne la obligación de probar determinado hecho, cuentan con la oportunidad de presentar recurso.

Dicha oportunidad garantiza que se acredite ante el despacho alguna situación especial que impida cumplir con la orden impuesta. La argumentación, por su parte, impedirá que se emita una decisión desfavorable, sin haberse analizado todas las circunstancias que pudieron rodear la no aportación de la prueba, no simplemente configurar un indicio de presunción de falla.

3.1. Estudio de casos resueltos sin consideración de los indicios

En este tipo de casos las decisiones emitidas no se refirieron a los indicios como medio de prueba para resolver la *litis*. La decisión fue emitida valorando otros medios de prueba allegados como: la historia clínica, las pruebas testimoniales, la prueba pericial y los testigos técnicos practicados.

Adentrándonos en el análisis individual tenemos que en el pronunciamiento del 18 de marzo de 2022 la decisión fue positiva de manera parcial en la primera instancia⁵⁷, porque el Tribunal Administrativo de Risaralda consideró que se encontraba plenamente demostrado el daño alegado. La razón que aduje el juez fue que con la historia clínica y el dictamen pericial se probó que en la colecistectomía laparoscópica se lesionó a la accionante el conducto biliar colédoco, lo cual desencadenó en una “peritonitis generalizada y una serie de complicaciones que forzó varias intervenciones quirúrgicas subsiguientes y una hospitalización por un tiempo aproximado de 6 meses, más de la mitad de ellos en la unidad de cuidados intensivos”⁵⁸.

Por su parte, el Consejo de Estado resuelve la apelación bajo la premisa de si el daño causado es atribuible a la E.S.E. o si se trató de un riesgo propio de la colecistectomía laparoscópica que se realizó. Para resolver el caso consideró que efectivamente la falla probada es el régimen de responsabilidad para resolver estos asuntos de naturaleza médicos y que, adicionalmente, se ha reconocido por la jurisprudencia una dificultad probatoria del demandante respecto del nexo causal, y ello se atribuye, en palabras del alto tribunal al especialísimo carácter técnico inherente a los procedimientos asistenciales, resaltándose con ello la libertad probatoria del juez⁵⁹

⁵⁷ El Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante providencia del 10 de junio de 2011, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y condenó, de manera solidaria, a la Fiduprevisora S.A., “en calidad de fiduciaria del patrimonio autónomo de los activos de la extinta E.S.E. Rita Arango Álvarez del Pino”, y al ISS, por los daños causados a la señora Esther Julia Vergara Llano y su familia.

⁵⁸ Situación que se “enmarca claramente en una falla en el servicio médico”, pues en este tipo de intervenciones el conducto que debe ser seccionado es el cístico y no el biliar colédoco, según lo consignado en el referido dictamen.

⁵⁹ Ahora bien, no pueden perderse de vista las dificultades que caracterizan la actividad probatoria en procesos como el que mediante el presente pronunciamiento se decide, habida cuenta de que la actividad médica entraña conocimientos técnicos y científicos de difícil constatación que, en determinados supuestos, le impiden al juez tener plena certeza sobre el nexo de causalidad existente entre un específico procedimiento médico y el resultado que al mismo se le pretende imputar. No obstante, la dificultad que conlleva el análisis de las pruebas en materia médica no faculta al juez para presumir la existencia del aludido nexo causal.

Empero, también se ha sostenido y así se reitera que, en aplicación del principio de libertad probatoria, el juez de la causa puede recurrir a cualquier medio demostrativo que le resulte útil para formar su convencimiento en relación con la existencia y las particularidades de los presupuestos fácticos relevantes para resolver de fondo la *litis*, mecanismos acreditativos entre los cuales el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil consagra el indicio como uno de los que válidamente puede apreciar el operador judicial con el propósito de formar su íntima convicción.

Adicionalmente, reiterando la prueba indiciaria como elemento procedente para formar su íntima convicción.

Analizado el material probatorio, en especial la prueba pericial y antecedentes jurisprudenciales determinó que existen diversos factores de riesgo que coadyuvan a las lesiones iatrogénicas de las vías biliares. Por lo tanto, era un riesgo propio de la colecistectomía la filtración biliar, sin perjuicio de la obesidad de la paciente, antecedente que influyó en las resueltas del procedimiento, por lo que revocó la decisión y negó las pretensiones a la demandante.

Otro pronunciamiento data del 4 de marzo de 2022 en donde fue demandado el Hospital Regional de Líbano, pretendiéndose que se le declarara patrimonialmente responsable porque un menor falleció el día 8 de mayo de 2010 por un daño atribuible a los médicos tratantes, quienes según afirmó el demandante actuaron de manera negligente al omitir realizar oportunamente los exámenes que acreditaran el dengue que padecía, para que se impidiera que la patología avanzara.

En esta oportunidad el Consejo de Estado revocó la decisión del Tribunal Administrativo del Tolima por considerar que no puede derivarse responsabilidad en la sola producción del daño y que, además, el demandante no probó la falla del servicio y ello se resolvió luego de realizar el análisis minucioso de la historia clínica y los testimonios técnicos⁶⁰.

Seguidamente, nos referiremos a la decisión del 30 de agosto de 2022. Este fallo versa sobre el daño físico y psicológico que se alega sufrió una menor, quien, por causa de un error en el diagnóstico y una inadecuada atención de la enfermedad que sufrió, tuvo que ser sometida a una mastectomía total de su seno derecho, en este pronunciamiento la primera instancia negó las pretensiones de la demanda, decisión que fue confirmada por el Consejo de Estado.

El argumento principal de tal decisión después de analizarse la prueba documental (historia clínica), los testimonios técnicos practicados, fue que la atención técnica y especializada que requería la menor fue brindada oportunamente, y se le realizaron todos los exámenes de diagnóstico, por lo tanto, se concluyó la inexistencia de la falla atribuida.

Observamos en estas decisiones un factor importante y es que en todas ellas se cuenta, no solo con la aportación de la historia clínica, sino con la práctica de la prueba técnica de quienes hicieron parte de la atención en salud; lo que permitió que existiera suficiente ilustración, no solo desde el aspecto científico -que podía aportar el profesional que participó de la atención-, sino de todas

⁶⁰ Todo lo anterior evidencia que en este caso la parte actora no probó, como le correspondía, que el hospital demandado hubiera incurrido en una falla del servicio médico, ni mucho menos demostró que la muerte del menor hubiera sido determinada por alguna actuación del centro médico -nexo-, pues como se vio, el curso de la enfermedad fue atípico y provocó el desenlace fatal que dio origen a este proceso, a pesar de los esfuerzos médicos realizados.

aquellas circunstancias que estaba acreditadas en la historia clínica, pero que requerían mayor explicación para el entendimiento óptimo de lo acaecido en cada caso en concreto.

Con lo referenciado, quiere demostrarse que independiente de quién allegue uno u otro medio de prueba al proceso, hay una afirmación que es indiscutible y es el hecho de que cuanto más medios de prueba se alleguen, mejores serán las probabilidades de no tener que acudir a valoraciones exclusivas de configuración de indicios que, como se ha advertido puede sorprender a alguna de las partes.

Es clara la jurisprudencia del Consejo de Estado cuando afirma que es el demandante *prima facie* el encargado de acreditar los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado; no obstante, vía pronunciamientos ha establecido excepciones para que se invierta tal carga de prueba, ello buscando una decisión que se atribuya siempre al criterio de igualdad.

La aplicación de la carga dinámica de la prueba puede ayudar a que una prueba, que es relevante, no se quede sin integrar al contradictorio. Y es que el momento de decidir quién está obligado a allegar prueba, se convierte en la oportunidad de acreditar ante el juez situaciones particulares que impidan cumplir con la carga, pues no se trata solo de establecer una obligación normativa para el demandado, tal es el caso del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, sino de utilizar las herramientas probatorias que el ordenamiento jurídico nos ha otorgado a fin de evitar que el proceso carezca de material probatorio, porque es allí en donde un indicio indebidamente aplicado, puede generar consecuencias negativas, que en aplicación del citado artículo 167 no se hubieran presentado.

CONCLUSIONES

Finalmente exponemos una serie de conclusiones a modo de proposiciones que sirvan de análisis. Las primeras conclusiones son de tipo conceptual, que son derivadas de nuestro análisis normativo de las institucionales (carga, presunciones e indicios) (numerales 1-4), como de las normas que regulan el asunto en el ordenamiento jurídico colombiano (numerales 5-8). Las demás conclusiones son resultado del análisis jurisprudencial (numerales 9-12).

1. La carga dinámica de la prueba es una herramienta útil de gran aporte en los procesos de responsabilidad médica, pues incentiva la aportación probatoria y permite que quien tenga la carga pueda oportunamente acreditar circunstancias especiales que justifiquen la incorporación o no de la prueba, lo que difícilmente se logra con la configuración de los indicios graves que han sido de alta usanza en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.
2. Tanto indicios, como presunciones y carga dinámica son conceptos procesales que pueden coexistir en un mismo trámite, incluso, su utilización dota al juez de mayores herramientas para proferir la decisión.
3. El principio de comunidad de la prueba nos permite pensar que la prueba no está destinada a beneficiar a quien la aporte, ni a perjudicar a quien no la incorpore.
4. Observar la facilidad probatoria de las partes permite que la aportación probatoria no se detenga y se tomen decisiones prolijas y en derecho, de allí se desprende el hecho de que dicha observación es necesaria en el procedimiento actual.
5. El deber de colaboración procesal implica que quien posea la prueba debe aportarla, esto facilita no solo la actividad probatoria, sino la toma de la decisión.
6. El indicio es un medio de prueba de reiterada aplicación por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Este cobra protagonismo en aquellos eventos en los que el demandado no cumple con las obligaciones mínimas de aportación que la legislación le impone, o haciéndolo lo realiza deficientemente.
7. La carga dinámica de la prueba implica materializar el deber de colaboración procesal, porque, aunque a veces quien afirma un hecho no posee la prueba, en virtud de ese deber el juez puede ordenar su incorporación a quien corresponda según el caso en concreto, y en atención a los eventos consagrados en el artículo 167 de la Ley 1564 de 2012.
8. La referencia expresa al artículo 167 del Código General del Proceso no se encontró en las normas invocadas de la jurisprudencia para dar solución al asunto; no obstante, tal explicación

puede descansar en las reglas de vigencia de la norma y en el tiempo mínimo que ha transcurrido para que el Consejo de Estado avoque conocimiento de los mismos.

9. La carga dinámica de la prueba sí fue referenciada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, se encuentra principalmente en el pronunciamiento del año 2021 con ponencia de María Adriana Marín, y replicado ese mismo año por las decisiones de la misma magistrada, además, reiterada por ella en sus decisiones del año 2022.
10. En la actualidad la carga dinámica de la prueba sí interesa y debe considerarse en los procesos de responsabilidad médica. Seguramente, por la reciente entrada en vigencia de la norma, aún no encontramos los pronunciamientos concretos del Consejo de Estado realizando la aplicación de lo regulado en el artículo 167 de la ley 1564 de 2012.
11. De acuerdo con la jurisprudencia reseñada, la no aportación de la historia clínica conlleva una falta disciplinaria gravísima porque es un desconocimiento de un deber, pero cuanto tal conducta trae consigo consecuencias probatorias negativas que desdibuja el indicio y lo transforma en presunción.
12. Las partes no son sorprendidas si el juez distribuye la carga de la prueba según la regulación normativa, pues lo hará con la debida publicidad, incluso otorgándoles la oportunidad de presentar recurso, así se deja de lado la discusión sobre la violación del derecho de defensa en la aplicación de la carga dinámica de la prueba.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LITERATURA ACADÉMICA

- Aguiló Regla, J. (2018). Las presunciones en el Derecho. *Anuario de filosofía del derecho*, 201-227.
- Álvarez Sánchez de Movellán, P. (2007) *La prueba por presunciones particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*. Granada: Comares.
- Arcos Viera, M. L. (2018). *La inversión de la carga de la prueba de la culpa en la responsabilidad extracontractual: El fin de un principio*. Pamplona España.: Aranzadi S.A.U.
- Beltrán Ferrer, J. (2019). La carga dinámica de la prueba entre la confusión y lo innecesario. En N. J. Taruffo, J. Ferrer & L. Gianinni. *Contra la carga de la prueba*. (C. Contreras Rojas, Trad.) Madrid: Marcial Pons.
- Chiovenda, G. (2000). *Principios de derecho procesal civil*. Tomo II. Madrid: Reus S.A.
- Couture, J. E. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. (Depalma R, Trad.) Buenos Aires: Roque Depalma Editor.
- Echandía, D. H. (1967) Tratado de derecho procesal civil. De la Prueba. (Teoría general) (Vol. V) Bogotá: Temis.
- Echandía, D. H. (1981) Teoría general de la prueba judicial. (5ª ed., Vol. I y II) Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía.
- Echandía, D. H. (2002). *Teoría general de la prueba judicial*. Bogotá: Temis.
- Gama Leyva, R. (2013). Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho continental. *Revista de Estudios de la Justicia*, 65-89.
- Henao, J. C. (2007). *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado en el derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- López Medina, D. E. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.
- Micheli G. (1961) *La carga de la prueba*. (S. S. Melendo, Trad.) Buenos Aires: EJEA.
- Mitidiero, D. (2009). *Colaboración en el Proceso Civil. Presupuestos sociales, lógicos y éticos*. (Vol. 13). (J. J. Monroy Palacios , Trad.) Lima, Perú: Communitas.
- Montilla Rosero C. A & Jiménez Paucuaza J.M. (2016). *Alcance y limitaciones de la carga dinámica de la prueba en el proceso judicial*. Repositorio Universidad de Medellín.

- Maestría en Derecho Procesal Contemporáneo. Obtenido de <http://hdl.handle.net/11407/4179>
- Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Nieva Fenoll, J. (2019). La carga de la prueba una reliquia histórica que debiera ser abolida la carga de la prueba. En J. Nieva, J. Ferrer, & L. C. Giannini, *Contra la carga de la prueba* (Págs 113) Madrid: Marcial Pons.
- Nieva Fenoll, J. (2020). Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado. *Estudios de Derecho*. 77(170), 117–148. <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v77n170a05>
- Palomo Vélez, D. (2013). Las cargas dinámicas probatorias: ¿es indispensable darse toda esta vuelta? *Ius et Praxis*, 19(2). <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122013000200015>
- Peláez Vargas, G. (1974). Indicios y Presunciones. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 50-72.
- Pérez Restrepo, J. (2011). *La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica – decaimiento de su aplicabilidad*, 210-211. https://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/2374/1/PerezJuliana_2011_CargaResponsabilidadAdministrativa.pdf
- Peyrano, J. (2004) Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. En Acosta, Daniel; Arasca, Ivana; Alegre, Juan; Bales. Et al., & J. W. Peyrano (Ed), *Cargas probatorias dinámicas* (págs. 19-24) Santa Fe: Rubinzal – Culzoni editores.
- Peyrano, J. (2008). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni editores.
- Piquer Marí, J. M. (2006). *La carga de la prueba en la jurisprudencia romana clásica*. Madrid: Edisofer, E.L.
- Pulido Poveda, N. (2017). *La carga probatoria en la responsabilidad médica colombiana*. *Repositorio Universidad Cooperativa de Colombia*. Programa de Derecho. Obtenido de <http://hdl.handle.net/20.500.12494/11519>
- De Paula Ramos, V. (2020). *La carga de la prueba en el proceso civil. De la carga al deber de probar*. (L. C. Sánchez, Trad.) Madrid: Marcial Pons.
- Rodríguez Álvarez, A. (2020). *La carga de la prueba en supuestos de discriminación: Su regulación en el proceso civil*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rosenberg, L. (1956) *La carga de la prueba* (E. Krotoschin, Trad.) Buenos Aires: EJEA.

- Taborda León, I. D. (2017). *La carga de la prueba en la responsabilidad médica del estado por acto quirúrgico, a partir de la Constitución de 1991*. Repositorio Universidad Libre. Maestría en Derecho Administrativo. Obtenido de <https://hdl.handle.net/10901/11116>
- Tamayo Jaramillo, J. (1993). *Responsabilidad civil médica en los servicios de salud*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.
- Vallejo, J. C. (2022). *La carga de la prueba en el sistema procesal colombiano*. Tesis de maestría. Rosario: Universidad Nacional de Rosario.
- Von Wright, H. (1970). *Norma y Acción. Una investigación lógica*. (P. G. Ferreró., Trad.) Madrid: Tecnos S.A.

DISPOSICIONES NORMATIVAS

- Congreso de la República de Colombia. (1970). Decreto 1400 de 1970. Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (2012). Ley 1564 de 2012. Colombia.
- Congreso de los Estados Unidos de Colombia. (1873). Ley 84 de 1873. Código Civil de los Estados Unidos de Colombia.
- Cortes Generales de España. (2000). Ley 1 de 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil de España.

JURISPRUDENCIA

- Consejo de Estado. (1992). Sentencia de 30 de julio de 1992. M.P.: Daniel Suárez Hernández. Radicado N° 6897.
- Consejo de Estado. (2000). Sentencia de 10 de febrero de 2000. MP.: Alier Eduardo Hernández Enriquez. Radicado 11878.
- Consejo de Estado. (2006). Sentencia de 31 de agosto de 2006. MP.: Ruth Stella Correa Palacio. Radicado 15772.
- Consejo de Estado. (2014). Sentencia de 12 de febrero de 2014. M.P. Olga Mélida Valle De La Hoz Radicado N° 1592.
- Consejo de Estado. (2014). Sentencia de 14 de mayo de 2014. M.P. Olga Mélida Valle De La Hoz Radicado N° 0601.
- Consejo de Estado. (2014). Sentencia de 13 de julio de 2014. M.P. Danilo Rojas Betancourt Radicado N° 0216.

- Consejo de Estado. (2016). Sentencia de 3 de octubre de 2016. M.P. Ramiro Pazos Guerrero
Radicado N° 0685.
- Consejo de Estado. (2017). Sentencia de 8 de mayo de 2017. M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.
Radicado N° 0746.
- Consejo de Estado. (2017). Sentencia de 3 de agosto de 2017. M.P. William Hernández Gómez.
Radicado N° 0365.
- Consejo de Estado. (2017). Sentencia de 24 de octubre de 2017. M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.
Radicado N° 2324.
- Consejo de Estado. (2019). Sentencia de 11 de marzo de 2019. M.P. Jaime Enrique Rodríguez
Navas. Radicado N° 5681.
- Consejo de Estado. (2019). Sentencia de 29 de abril de 2019. M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.
Radicado N° 0180.
- Consejo de Estado. (2019). Sentencia de 12 de septiembre de 2019. M.P. Luis Alberto Álvarez
Parra. Radicado N° 3681.
- Consejo de Estado. (2020). Sentencia de 13 de octubre de 2020. M.P. Guillermo Sánchez Luque.
Radicado N° 0254.
- Consejo de Estado. (2020). Sentencia de 19 de noviembre de 2020. M.P. Guillermo Sánchez Luque.
Radicado N° 4783.
- Consejo de Estado. (2020). Sentencia de 16 de diciembre de 2020. M.P. Guillermo Sánchez Luque.
Radicado N° 0959.
- Consejo de Estado. (2020). Sentencia de 18 de diciembre de 2020. M.P. Guillermo Sánchez Luque.
Radicado N° 1734.
- Consejo de Estado. (2021a). Sentencia del Primero de Julio de 2021. MP.: Rocío Araújo Oñate.
Radicado 05001-23-33-000-2020-00006-01.
- Consejo de Estado. (2021b). Sentencia del 26 de julio de 2021. MP.: Alexander Jojoa Bolaños.
Radicado 54286.
- Consejo de Estado. (2021c). Sentencia de 19 de noviembre de 2021. MP.: Jaime Enrique Rodríguez
Navas. Radicado.45604.
- Consejo de Estado. (2021d). Sentencia de 11 de octubre de 2021. MP.: Jose Roberto Sáchica
Méndez. Radicado 11001-03-15-000-2021-05725-00.
- Consejo de Estado. (2021). Sentencia de 10 de febrero de 2021. M.P. Ra. Ramiro Pazos Guerrero.
Radicado N° 0062.

- Consejo de Estado. (2021). Sentencia de 3 de abril de 2021. M.P. Martín Bermúdez Muñoz.
Radicado N° 1089.
- Consejo de Estado. (2021). Sentencia de 9 de abril de 2021. M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.
Radicado N° 0026.
- Consejo de Estado. (2021). Sentencia de 28 de mayo de 2021. M.P. Guillermo Sánchez Luque
Radicado N° 0004.
- Consejo de Estado. (2021). Sentencia de 25 de junio de 2021. M.P. Guillermo Sánchez Luque.
Radicado N° 0181.
- Consejo de Estado. (2021). Sentencia de 6 de julio de 2021. M.P. Guillermo Sánchez Luque.
Radicado N° 0798.
- Consejo de Estado. (2021). Sentencia de 16 de julio de 2021. M.P. Martín Bermúdez Muñoz.
Radicado N° 0065.
- Consejo de Estado. (2021). Sentencia de 13 de agosto de 2021. M.P. José Roberto Sáchica Méndez.
Radicado N° 0386.
- Consejo de Estado. (2021). Sentencia de 27 de agosto de 2021. M.P. Martha Nubia Velásquez Rico.
Radicado N° 0263.
- Consejo de Estado. (2021). Sentencia de 6 de septiembre de 2021. M.P. Jaime Enrique Rodríguez
Navas. Radicado N° 0127.
- Consejo de Estado. (2021). Sentencia de 11 de octubre de 2021. M.P. José Roberto Sáchica
Méndez. Radicado N° 0202.
- Consejo de Estado. (2021). Sentencia de 8 de noviembre de 2021. M.P. María Adriana Marín.
Radicado N° 0364.
- Consejo de Estado. (2021). Sentencia de 18 de noviembre de 2021. M.P. Alberto Montaña Plata.
Radicado N° 5348.
- Consejo de Estado. (2021). Sentencia de 28 de mayo de 2021. M.P. Guillermo Sánchez Luque.
Radicado N° 3851.
- Consejo de Estado. (2021). Sentencia de 26 de julio de 2021. M.P. Nicolás Yépes Corrales.
Radicado N° 0405.
- Consejo de Estado. (2021). Sentencia de 27 de agosto de 2021. M.P. María Adriana Marín.
Radicado N° 1420.
- Consejo de Estado. (2021). Sentencia de 8 de septiembre de 2021. M.P. Alberto Montaña Plata.
Radicado N° 0473.

- Consejo de Estado. (2021). Sentencia de 8 de septiembre de 2021. M.P. Alberto Montaña Plata.
Radicado N° 0885.
- Consejo de Estado. (2021). Sentencia de 8 de septiembre de 2021. M.P. Alberto Montaña Plata.
Radicado N° 3475.
- Consejo de Estado. (2021). Sentencia de 13 de septiembre de 2021. M.P. Guillermo Sánchez Luque. Radicado N° 0631.
- Consejo de Estado. (2021). Sentencia de 24 de septiembre de 2021. M.P. María Adriana Marín.
Radicado N° 0375.
- Consejo de Estado. (2021). Sentencia de 30 de septiembre de 2021. M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.
Radicado N° 5893.
- Consejo de Estado. (2021). Sentencia de 8 de octubre de 2021. M.P. Nicolás Yépes Corrales.
Radicado N° 0050.
- Consejo de Estado. (2021). Sentencia de 11 de octubre de 2021. M.P. Martín Bermúdez Muñoz.
Radicado N° 0268.
- Consejo de Estado. (2021). Sentencia de 11 de octubre de 2021. M.P. María Adriana Marín.
Radicado N° 0054.
- Consejo de Estado. (2021). Sentencia de 22 de octubre de 2021. M.P. María Adriana Marín.
Radicado N° 2841.
- Consejo de Estado. (2021). Sentencia de 8 de noviembre de 2021. M.P. José Roberto Sáchica Méndez. Radicado N° 0115.
- Consejo de Estado. (2021). Sentencia de 8 de noviembre de 2021. M.P. María Adriana Marín,
Radicado N° 0364.
- Consejo de Estado. (2021). Sentencia de 18 de noviembre de 2021. M.P. Alberto Montaña Plata.
Radicado N° 5348.
- Consejo de Estado. (2021). Sentencia de 18 de noviembre de 2021. M.P. Fredy Ibarra Martínez.
Radicado N° 1322.
- Consejo de Estado. (2021). Sentencia de 19 de noviembre de 2021. M.P. Nicolás Yépes Corrales.
Radicado N° 0110.
- Consejo de Estado. (2021). Sentencia de 22 de noviembre de 2021. M.P. María Adriana Marín.
Radicado N° 0289.
- Consejo de Estado. (2021). Sentencia de 7 de diciembre de 2021. M.P. Guillermo Sánchez Luque.
Radicado N° 2798.

- Consejo de Estado. (2021). Sentencia de 13 de diciembre de 2021. M.P. Guillermo Sánchez Luque. Radicado N° 1025.
- Consejo de Estado. (2022). Sentencia de 4 de marzo de 2022. M.P. María Adriana Marín. Radicado N° 0439.
- Consejo de Estado. (2022). Sentencia de 18 de marzo de 2022. M.P. María Adriana Marín. Radicado N° 0675.
- Consejo de Estado. (2022). Sentencia de 30 de agosto de 2022. M.P. María Adriana Marín. Radicado N° 0540.
- Corte Constitucional . (2009). Sentencia T555 de 2009. MP.:Luis Ernesto Vargas Silva. Expediente T-2263652.