

**APLICACIÓN DE LA DOCTRINA PROBABLE EN LA LÍNEA  
JURISPRUDENCIAL POR RESPONSABILIDAD MÉDICO-ASISTENCIAL**

**JORGE GERMAN PUENTE  
ADRIANA ELIZABETH VIVEROS**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO  
FACULTAD DE DERECHO  
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO  
SAN JUAN PASTO  
2012**

**APLICACIÓN DE LA DOCTRINA PROBABLE EN LA LÍNEA  
JURISPRUDENCIAL POR RESPONSABILIDAD MÉDICO-ASISTENCIAL**

**JORGE GERMAN PUENTE  
ADRIANA ELIZABETH VIVEROS**

**Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de  
Especialista en Derecho Administrativo**

**Asesor:  
Dr. MAURICIO SALAZAR**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO  
FACULTAD DE DERECHO  
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO  
SAN JUAN PASTO  
2012**

## **NOTA DE RESPONSABILIDAD**

Las ideas y conclusiones aportadas en el siguiente trabajo son responsabilidad exclusiva del autor.

Artículo 1<sup>ro</sup> del Acuerdo No. 324 de octubre 11 de 1966, emanado del Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

**Nota de aceptación**

---

---

---

---

---

**Presidente de tesis**

---

**Jurado**

---

**Jurado**

San Juan de Pasto, 6 de febrero de 2012

## DEDICATORIAS

A mi hija VANESA, A mis Padres SEGUNDO Y MORALBA, a mi Hermana y a DIOS, que han sido el impulso para alcanzar este triunfo.

ADRIANA

Este trabajo esta dedicado a mi Roca Fuerte, mi Guía en todo momento mi padre Dios, también a lo que mejor Dios me brindó, mis padres Rosaura Coral Alomía y Jorge Isaac puente Burgos y ami Colega Inolvidable mi tío Leonel Marino Coral Alomia (q.e.p.d)

JORGE

## CONTENIDO

	<b>Pág.</b>
INTRODUCCIÓN .....	9
1. TESIS ADOPTADAS POR LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO .....	15
1.1 INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PROBATORIA - FALLA PRESUNTA.	15
1.2 CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA .....	18
1.3 INVERSIÓN DE LA CARGA PROBATORIA .....	23
1.3.1 Por razones de equidad y aligeramiento de la carga del nexo causal. ....	23
1.3.2 Acreditación de manera indirecta del nexo causal – grado suficiente de probabilidad.....	26
2. TABLAS LÍNEA JURISPRUDENCIAL .....	31
CONCLUSIONES.....	35
BIBLIOGRAFÍA .....	37

## RESUMEN

En relación a la jurisprudencia existente en el Consejo de Estado, máximo órgano cooperativo de la jurisdicción contenciosa administrativa, sobre carga de la prueba en responsabilidad estatal en la prestación de servicios medico-asistenciales, ha asumido la existencia de variaciones de la carga de la prueba, y por lo tanto, se juzga necesario realizar un análisis de los pronunciamientos de esta Alta Corporación ha respetado los criterios expuestos por la Corte Constitucional en relación con la modificación de su propia jurisprudencia, teniendo en cuenta que si bien varios pronunciamientos fueron proferidos con anterioridad a la expedición de la C-836 de 2001, se analizara si dicha sección cumplió con una mínima carga argumentativa al establecer que sus decisiones anteriores fueron “erróneas”, tal como exige el artículo 4 de la Ley 169 de 1896.

## **ABSTRACT**

In relation to existing case law in the State Council, the highest body of the cooperative administrative jurisdiction, on burden of proof on state responsibility in providing medical-care services, has assumed the existence of variations of the burden of proof , and therefore is deemed necessary to perform an analysis of the declarations of the High Corporation has complied with the criteria set by the Constitutional Court regarding the modification of its own jurisprudence, noting that although several statements were uttered before the issue of the C-836, 2001, be given to whether that section met minimal burden of argument by stating that its previous decisions were "wrong" as required by Article 4 of Act 169 of 1896.

## INTRODUCCIÓN

El artículo 4 de la Ley 169 de 1896 dispone que *“tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.”*

Al estudiar la exequibilidad de esta decisión, la Corte Constitucional, en la sentencia C-836 de 2001, encontró que la doctrina probable *“es predicable de los jueces que integran la administración de justicia, tanto los que corresponden a la denominada jurisdicción ordinaria, como a los que pertenecen a la justicia administrativa y constitucional”*<sup>1</sup>, y por lo tanto, esta es aplicable también como precedente horizontal del mismo Consejo de Estado.

Sin embargo, la Corte Constitucional admite que la jurisprudencia de las altas corporaciones judiciales puede ser variada por ellas en eventos específicos por cambio de la situación social, por resultar errónea por contradicción con el ordenamiento jurídico, y por cambio legislativo:

*“En primer lugar, cuando la doctrina, habiendo sido adecuada en una situación social determinada, no responda adecuadamente al cambio social posterior. Como se analizó de manera general en el numeral 18 supra<sup>2</sup>, este tipo de error sobreviniente justifica que la Corte cambie su propia jurisprudencia. En segundo lugar, la Corte puede considerar que la jurisprudencia resulta errónea, por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico. En estos casos también está justificado que la Corte Suprema cambie su jurisprudencia para evitar prolongar en el tiempo las injusticias del pasado, haciendo explícita tal decisión. En tercer lugar, como resulta apenas obvio, por cambios en el ordenamiento jurídico positivo, es decir, debido a un tránsito constitucional o legal relevante.”*<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia C-836 del 9 de agosto de 2001, Expediente D-3374. Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL.

<sup>2</sup> “[L]a aplicabilidad de los principios y reglas jurisprudenciales depende de su capacidad para responder adecuadamente a una realidad social cambiante. En esa medida, un cambio en la situación social, política o económica podría llevar a que la ponderación e interpretación del ordenamiento tal como lo venía haciendo la Corte Suprema, no resulten adecuadas para responder a las exigencias sociales. Esto impone la necesidad de formular nuevos principios o doctrinas jurídicas, modificando la jurisprudencia existente, tal como ocurrió en el siglo pasado, cuando la Corte Suprema y el Consejo de Estado establecieron las teorías de la imprevisión y de la responsabilidad patrimonial del Estado. En estos casos se justifica un replanteamiento de la jurisprudencia.” (Sentencia citada).

<sup>3</sup> *Ibíd.*

En esta medida, el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en materia contencioso administrativa en virtud del artículo 167 del Código Contencioso Administrativo, consagra la regla general de que corresponde a las partes *“probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*.

## **JUSTIFICACIÓN**

El precedente jurisprudencial adquiere especial relevancia pues en virtud a él los asociados tienen seguridad jurídica y confianza legítima en que los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente, no obstante, el artículo 4 de la ley 169 de 1896<sup>4</sup> y la sentencia C-836 de 2001<sup>5</sup> establecen unos parámetros que se deben seguir para realizar un cambio en las decisiones adoptadas.

Descendiendo al caso en que nos ocupa, la Jurisdicción Contencioso Administrativa es la encargada de dirimir los conflictos que se presenten en materia de responsabilidad estatal por falla en el servicio en la prestación del servicio médico-asistencial a través de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo<sup>6</sup>, y por lo tanto, es el Consejo de Estado como máxima Cooperación de la jurisdicción contenciosa administrativa quien marca el precedente jurisprudencial a través de sus pronunciamientos.

Así, la carga de la prueba en los procesos de responsabilidad estatal por falla en el servicio en la prestación del servicio médico-asistencial ha asumido variaciones dentro de la Alta Corporación, y por lo tanto, la presente línea jurisprudencial se justifica desde la perspectiva de analizar si la Alta Corporación ha seguido los lineamientos establecidos por la ley 169 de 1896, y si bien algunos pronunciamientos son anteriores a la expedición de la sentencia C-836 de 2001, examinar si el Consejo de Estado cumplió con una carga mínima de argumentación para el cambio jurisprudencial.

---

<sup>4</sup>Ley 169 de 1896. Artículo 4.- Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los Jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.

<sup>5</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-836 de 2001.

<sup>6</sup> CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Artículo 86. Acción De Reparación Directa. La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa.

## PROBLEMA JURÍDICO

¿La Sección Tercera del Consejo de Estado al realizar la variación jurisprudencial en materia de la carga de la prueba en los procesos de responsabilidad medico-asistencial, sí cumplió con la carga argumentativa establecida en el artículo 4 de la ley 169 de 1896<sup>7</sup> y la sentencia C-836 de 2001<sup>8</sup>

## MARCO TEÓRICO

El régimen de responsabilidad del Estado se encuentra consagrado en el 90 de la Constitución de 1991<sup>9</sup>, denominado por la jurisprudencia y la doctrina como “*la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado*”, mediante la cual le impone a aquél el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, mediante la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo<sup>10</sup>.

Los elementos esenciales de *la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado*, son el daño antijurídico y su imputación al Estado. La doctrina ha establecido que el daño, para que sea objeto de la responsabilidad del Estado, (i) debe existir, (ii) debe ser imputable al él –nexo causal-, y (iii) debe ser antijurídico.

Por lo expuesto, cuando se ha ocasionado un perjuicio en la prestación del servicio medio-asistencial en una entidad estatal, surge el deber de indemnizar los perjuicios ocasionados, y la parte interesada podrá accionar el aparato judicial a través de la acción de reparación directa. Así las cosas, de conformidad con el

---

<sup>7</sup>Ley 169 de 1896. Artículo 4.- Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los Jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.

<sup>8</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-836 de 2001.

<sup>9</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

<sup>10</sup> CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Artículo 86. Acción De Reparación Directa. La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa.

artículo 168 del Código Contencioso Administrativo<sup>11</sup>, el cual dispone que serán aplicables las normas procedimentales establecidas en el Código de Procedimiento Civil, siempre y cuando sean compatibles con el Código Contencioso Administrativo, la decisión judicial adoptada debe fundarse en las pruebas allegadas oportuna y regularmente en el proceso<sup>12 y 13</sup>, y de acuerdo a su eficiencia, procedencia o idoneidad requeridos en las circunstancias propias del caso concreto, el juez podrá obtener la decisión pertinente.

En esta medida, el Estatuto procesal establece en el artículo 177 la regla general que le corresponde a la parte demandante probar, la carga de la prueba de los elementos de responsabilidad estatal: el daño, el mal funcionamiento del servicio, y el nexo causal entre estos dos.

Expuesto lo anterior, la jurisprudencia en relación a la carga de la prueba en responsabilidad medica no ha tenido un criterio uniforme, esta conclusión se desprende de la sentencia 16700 del 28 de enero de 2009<sup>14</sup>, en la cual el Consejo de Estado realiza un breve recuento de las diversas posturas que ha asumido esta Alta Corporación a través del tiempo sobre la carga de la prueba en la prestación de servicios médico-asistenciales.

Dada las anteriores circunstancias, el artículo 4 de la Ley 169 de 1896 dispone que *“tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.”*, precepto que es extensivo en materia contenciosa administrativa de acuerdo a lo dictado en Sentencia C-836 de 2001 *“es predicable de los jueces que integran la administración de justicia, tanto los que corresponden a la denominada jurisdicción ordinaria, como a los que pertenecen a la justicia administrativa y constitucional”*<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Artículo 168. En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración.

<sup>12</sup> CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Artículo 174. Necesidad de la prueba. Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.

<sup>13</sup> CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Artículo 175. Medios de prueba. Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

<sup>14</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 28 de enero de 2009. Radicación 16700. Germán Riveros Zarate y otros Vs. Instituto del Seguro Social-Seccional Meta. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>15</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia C-836 del 9 de agosto de 2001, Expediente D-3374. Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL.

En este orden de ideas, el artículo 4 de la ley 169 de 1896 en concordancia con lo dispuesto en la Corte Constitucional<sup>16</sup>, las Altas Corporaciones Judiciales podrán cambiar el criterio jurisprudencial cuando juzgan que las decisiones tomadas anteriormente son erróneas por cambio de la situación social, por resultar errónea por contradicción con el ordenamiento jurídico, y por cambio legislativo.

En consecuencia, el presente estudio buscara determinar si el cambio jurisprudencial en relación a la carga de la prueba en los procesos de responsabilidad médico-asistencial realizado por la Sección Tercera, del Consejo de Estado ha cumplido con la carga argumentativa establecida en el artículo 4 de la Ley 169 de 1896 y la sentencia C-836 de 2001<sup>17</sup>

## **OBJETIVOS GENERALES**

Analizar la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado de Colombia, sobre carga de la prueba en los procesos de responsabilidad estatal por la prestación de los servicios médico-asistenciales desde el año 1990 hasta la fecha.

## **OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

Determinar si el Consejo de Estado cumplió con la carga argumentativa para realizar la variación jurisprudencial.

Especificar cuál ha sido la carga argumentativa para el cambio jurisprudencial en los pronunciamientos del Consejo de Estado sobre carga de la prueba en los procesos de responsabilidad estatal por la prestación de los servicios médico-asistenciales.

Establecer la tesis actual de la jurisprudencia sobre carga de la prueba en los procesos de responsabilidad estatal por la prestación de los servicios médico-asistenciales

---

<sup>16</sup> *Ibidem*

<sup>17</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia C-836 del 9 de agosto de 2001, Expediente D-3374. Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL.

## METODOLOGÍA

La línea jurisprudencial que se desarrollara en el presente trabajo será basada en la búsqueda de las sentencias en la página del Consejo de Estado<sup>18</sup> y su análisis e identificación se realizaran de conformidad con los criterios establecido por el Dr. Diego Eduardo López Medina<sup>19</sup>.

Se identificó la sentencia mas reciente que desarrollara al menos similarmente el marco temático plateado, y de ella se pudo desprender otras providencias y otras se busco dentro de la gaceta jurisprudencial de la pagina del Consejo de Estado.

Una vez establecido el análisis de las jurisprudencias emitidas dentro de la Sección Tercera del Consejo de Estado, se procedió a realizar el cuadro de líneas jurisprudenciales

---

<sup>18</sup> [www.consejodeestado.gov.co](http://www.consejodeestado.gov.co).

<sup>19</sup> LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. “Interpretación Constitucional”. Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá,

## 1. TESIS ADOPTADAS POR LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

### 1.1 INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PROBATORIA - FALLA PRESUNTA

La jurisprudencia de la sección de tercera del Consejo de Estado, para el año 1990, se fundamentaba en la regla contenida en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

En dicho año, sin embargo, la sección tercera admitió la posibilidad de invertir la carga de la prueba. En efecto, en sentencia del 24 de octubre de 1990, con ponencia del Dr. Gustavo de Greiff Restrepo<sup>20</sup>, se dijo:

*“Para la Sala si bien la falla habla por sí misma, ello no excluye que el juez deba investigar qué la produjo, para esta forma, si llega al convencimiento de que ocurrió por conducta descuidada o negligente de la administración, declare la responsabilidad y fulmine las condenas del caso. Lo que sí es cierto es que el primer interesado en demostrar que su conducta fue negligente o cuidadosa debe ser la administración, pues un servicio debe prestarse en la forma prescrita por las leyes o los reglamentos y si ocurre que no se prestó o se prestó inoportunamente, la primera inferencia lógica del juzgador será que el funcionamiento anormal se debió, en principio, a culpa, es decir a negligencia o descuido de la administración.*

*Esta, entonces, tendrá la carga (entendida en el anotado sentido de interés) de demostrar que su conducta se ajustó a su obligación genérica de proteger a los administrados en su vida, honra y bienes (art. 16 de la Carta) y a la específica que le señalen los reglamentos.”<sup>21</sup>*

Aunque lo anterior no se constituyó en la *ratio decidendi* de aquella providencia, puesto que se trató apenas de una digresión doctrinal, exponiendo la sala que *“en el análisis del caso concreto sometido a su decisión, considera que en la falla del servicio es clara, pero si ha querido mostrar cuál es ‘el estado de la cuestión’, para despertar algún interés en que se continúe su estudio”<sup>22</sup>*, y se siguió fallando bajo la tesis de falla probada<sup>23</sup>. Pero lo cierto es que esta providencia se erigió como la referencia más remota de la teoría de la falla presunta, que traslada la

---

<sup>20</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, Sentencia del 24 de octubre de 1990. María Helena Ayala de Pulido Vs. Instituto de Seguros Sociales, Radicación 5902. Consejero Ponente: Gustavo de Greiff Restrepo.

<sup>21</sup> *Ibídem.*

<sup>22</sup> *Ibídem.*

<sup>23</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, Sentencia del 14 de febrero de 1992. Mariana Barazzutti Chiapolino Vs. Carlos Betancur Jaramillo. Radicación 6477. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

carga de la prueba, en cuanto a la demostración de dicha falla, al prestador del servicio médico.

La primera vez que la sección tercera del Consejo de Estado invirtió la carga de la prueba con base en la tesis carga de la falla presunta fue en sentencia del 30 de julio de 1992, en la que se afirmó lo siguiente:

(...)

*“Por norma general le corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales o institucionales etc., en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables, para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicas profesionales sobre los cuales se edifican los cargos que por imprudencia, negligencia o impericia formula en el ejercicio de una determinada acción judicial, contra una institución encargada de brindar servicios médicos u hospitalarios.*

*Sin duda, resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general, resolver esta clase de conflictos, si en lugar de someter al paciente, normalmente el actor o sus familiares, a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueron éstos, los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan<sup>24</sup>.*

La subregla jurisprudencial que se fijó en dicha oportunidad fue la siguiente:

*“Podrán así los médicos exonerarse de responsabilidad y con ello los centros clínicos oficiales que sirven al paciente, mediante la comprobación, que para ellos, se repite, es más fácil y práctica, de haber actuado con la eficiencia, prudencia o idoneidad requeridas por las circunstancias propias al caso concreto, permitiéndose al juzgador un mejor conocimiento de las causas, procedimientos, técnicas y motivos que llevaron al profesional a asumir determinada conducta o tratamiento”.*

---

<sup>24</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, Sentencia del 30 de julio de 1992. Radicación 6897. Gustavo Eduardo Ramírez y otro Vs. Instituto de los Seguros Sociales, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.

Reiterando la anterior subregla, la sección tercera, en sentencia del 13 de agosto de 1992, precisó que se trata de la presunción de la falla de servicio y que corresponde al ente demandado desvirtuarla demostrando diligencia y cuidado<sup>25</sup>.

Luego, la postura fue ratificada en la sentencia 6754 del 24 de agosto de 1992<sup>26</sup>, en la que se diferenció la falla presunta en la prestación de servicio médico de la responsabilidad objetiva que corresponde al ejercicio de actividades peligrosas<sup>27</sup>, como también en las sentencias 8025 del 30 de julio de 1993<sup>28</sup>, y 10251 del 4 de julio de 1997<sup>29</sup>.

Ante la inexistencia de un cambio legislativo que justificase la nueva tesis, el cambio jurisprudencial se justificó en las dificultades que representa para la víctima probar los aspectos técnicos de la falla del servicio, asunto que no resultaba una novedad puesto que dichas dificultades existieron antes y después.

El fundamento del cambio expuesto en dicha oportunidad fue, la mayor facilidad que tiene el prestador del servicio de demostrar la inexistencia de la falla del servicio, sin exponer ningún argumento que explique por qué se considera que la tesis de la falla probada que anteriormente se acogía era errónea o contraria al ordenamiento jurídico, y por que la nueva tesis se acomoda mejor a dicho ordenamiento.

---

<sup>25</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, Sección tercera, Sentencia del 13 de agosto de 1992. Radicación 7274. Gloria Villamizar Callejas y otro Vs. Instituto de los Seguros Sociales. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.

<sup>26</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, Sección tercera, Sección tercera Sentencia del 24 de agosto de 1992. Radicación 6754. Henry Enrique Saltarín Monroy Vs. Instituto de los Seguros Sociales. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

<sup>27</sup> “Mientras en el evento de la responsabilidad por falla del servicio médico oficial se presume dicha falla, es decir se presume uno de los tres supuestos de esa responsabilidad ( los otros, como se sabe, son el daño y la relación de causalidad), en el evento de los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas, ya no juega la falla o la conducta irregular de la administración, sino sólo el daño antijurídico (artículo 90 de la C.N.), produciéndose así mas que una presunción de falta, una de responsabilidad.” *Ibíd.*

<sup>28</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, Sección tercera, Sentencia del 30 de julio de 1993. Radicación 8025. Marta Liliana Pérez Vs. Instituto de los Seguros Sociales. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.

<sup>29</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, Sección tercera, Sentencia del 4 de septiembre de 1997. Radicación 10251. Carlos Julio Ovalle y Otros Vs. Hospital Militar Ministerio de Defensa. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

## 1.2 CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA

La tesis de la carga dinámica de la prueba consiste en que el establecimiento de la falla del servicio en el caso de los servicios médicos asistenciales puede ser o no presumida de acuerdo a la conducta procesal de las partes o de la mejor posibilidad que tenga la parte en cuestión de probar la falla del servicio o la ausencia de ésta.

Al respecto en sentencia del 7 de octubre de 1999<sup>30</sup>, Consejo de Estado sostuvo lo siguiente:

*“Se ha venido aplicando la denominada teoría de la carga dinámica probatoria, en el entendido de que el juez puede deducir presunciones de hombre de la conducta procesal observada por cualquiera de las partes (pasiva o timorata en el caso de los médicos), cuando estos están en mejores condiciones de representar el hecho en el proceso, con el propósito de acreditar diligencia y cuidado o la no culpa. Con la aplicación de dicha teoría sólo se pueden deducir, judicialmente, presunciones de culpa.*

*Asunto distinto es el atinente a la causalidad en materia médica, la cual no puede tenerse por demostrada, únicamente, en aplicación de la teoría de la carga dinámica. Sabido es que, en línea de principio, la carga probatoria de dicho elemento de responsabilidad corresponde a la víctima, (art. 177 C.P.C), directa o indirecta, según el caso.*

*Ahora bien, la Sala entiende que en materia médica el aspecto de la causalidad adquiere un particularismo relevante, porque es evidente que los daños en esta materia o pueden obedecer a la evolución natural propia del enfermo, o pueden ser una consecuencia de una concurrencia causal con la participación, por acción u omisión, que haya tenido el médico.*

*En esa dirección de lo que se trata - y este es un aspecto fundamental - es de identificar a la vista del material probatorio, si la participación del médico - su acto considerado objetivamente - puede ser la causa del daño médico que se le atribuye, al margen de la calificación en términos de diligencia y cuidado, que siendo positiva para el profesional, configurará motivo de exoneración o atenuación de su responsabilidad.*

*Así las cosas y aceptada la dificultad que suele presentarse en la demostración directa de la causalidad en materia médica, puede probarse indirectamente - indiciariamente - partiendo de la misma historia clínica<sup>31</sup>.*

Según el fallo citado, para sostener su posición basada en la presunción de la falla del servicio en la carga dinámica de la prueba, la Sección Tercera del Consejo de Estado afirmó que el prestador de servicios médicos para exonerarse de

---

<sup>30</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, Sección tercera, Sentencia del 7 de octubre de 1999. Radicación 12655. Bernardo Roldán y otros Vs. Instituto Metropolitano de Salud de Medellín (METROSALUD) - Instituto de Seguros Sociales. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

responsabilidad deberá demostrar diligencia y cuidado porque habrá situaciones en que su deber es de resultado. Además sostuvo que la tesis de la carga dinámica de la prueba en este tipo de procesos era válida debido a la existencia de múltiples agentes, los cuales dificultan la actividad probatoria de la víctima, por lo que constitucionalmente justifica, según la sala, la inversión de la carga de la prueba de la falla del servicio si la conducta procesal del prestador del servicio es evasiva o dubitativa, no así la carga del nexo causal, que en todo caso puede probarse, aún indiciariamente.

*“Es por lo anterior que, habida consideración de la complejidad de la relación jurídica resulta indispensable, de una parte, el análisis en concreto frente al caso - atendida la naturaleza de la patología -, y, de otra, las varias etapas o fases en que se proyecta la adecuada realización del acto médico complejo, con el propósito de individualizar, qué prestaciones pueden encuadrarse en el rubro de mera actividad y cuáles otras exigen un resultado concreto dentro de toda la prestación médico asistencial. Esta exigencia se hace necesaria para evitar la tendencia a situar la totalidad de las prestaciones médicas como actividad de medios; es, que hay veces que se perfilan claramente como típicas prestaciones de resultado: la obtención de un buen resultado en términos médicos, dependerá, en buena medida, de la adecuada realización de cada una de las etapas diferenciadas.*

(...)

*La Sala destaca que el análisis integral de la relación jurídica compleja en materia de servicios médicos y/u hospitalarios adquiere particular importancia tratándose de la prestación de los servicios de salud a cargo del Estado, porque es un hecho evidente que la función social que cumplen sus instituciones exige un amplio programa de cobertura.*

*El programa de cobertura se traduce en la prestación de un servicio médico y/u hospitalario caracterizado por su masificación, en donde el usuario ha de ser protegido adecuadamente, porque constitucionalmente goza del derecho fundamental de acceso a dichos servicios da lugar a la denominada pluriparticipación médica y, comporta cambios trascendentales, desde el punto de vista de la responsabilidad; a la vez genera problemas de orden probatorio, porque esa manera de ejercer la medicina da lugar al anonimato tanto de las causas como de las culpas, que concurren a la producción del daño. Recuérdese que cada miembro del equipo desempeña un rol determinado y la prestación total del servicio se caracteriza por una pluralidad de actividades<sup>32</sup>.*

---

<sup>32</sup> *Ibídem.*

La nueva tesis no fue reiterada inmediatamente<sup>33</sup>, y hubo que esperar hasta el 10 de febrero de 2000<sup>34</sup> para que se consolidara. En tal oportunidad la Sección Tercera dijo lo siguiente:

*“El problema de la responsabilidad por la prestación del servicio médico asistencial fue resuelto por esta Sala, durante mucho tiempo, con apoyo en la teoría de la falla del servicio probada, partiendo de la base de que se trataba de una obligación de medios y no de resultados. Esta postura, sin embargo, comenzó a cuestionarse en algunos fallos<sup>35</sup>, hasta llegar a la unificación de criterios en torno al tema, con la expedición de la sentencia de 30 de julio de 1992, con ponencia del Magistrado Daniel Suárez Hernández<sup>36</sup>, donde se adoptó la tesis de la falla del servicio presunta<sup>37</sup>. Expresó la Sala en esa oportunidad.*

*En relación con esta posición, reiterada por la jurisprudencia de esta Sala a partir de la expedición del fallo citado, se considera necesario precisar que, si bien tiene origen en el llamado principio de las cargas probatorias dinámicas - cuya aplicación, aunque no tiene sustento en nuestra legislación procesal, puede decirse que encuentra asidero suficiente en las normas constitucionales que relevan el principio de equidad- ha resultado planteada en términos tan definitivos que se ha puesto en peligro su propio fundamento. En efecto, el planteamiento ha llevado a aplicar, en todos los casos de daño causado en desarrollo de la prestación del servicio médico asistencial, la teoría de la falla del servicio presunta, exigiéndosele siempre a las entidades públicas demandadas la prueba de que dicho servicio fue prestado debidamente, para poder exonerarse de responsabilidad.*

*Resulta, sin embargo, que no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas o científicas. Habrá que valorar, en cada caso, si éstas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, sin duda, es el paciente*

---

<sup>33</sup> En un caso de responsabilidad en la prestación del servicio médico, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en Sentencia del 9 de marzo de 2000, radicado 12489, falló bajo la tesis de la falla presunta del servicio, aunque no la aplicó, por considerar que en todo caso la falla estaba probada.

<sup>34</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, Sección tercera, Sentencia del 10 de febrero de 2000. Radicación 11878. Josué Reinaldo Durán Serrano y otros Vs. Hospital Universitario Ramón González Valencia y Universidad Industrial de Santander. Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez.

<sup>35</sup> Nota del texto citado: “Ver, entre otros, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III, 24 de octubre de 1990. M.P: Gustavo de Greiff Restrepo. Expediente 5907. Actora: María Elena Alaya de Pulido.”

<sup>36</sup> Nota del texto citado: “Expediente 6897”.

<sup>37</sup> Nota del texto citado: “De esta evolución da cuenta el fallo expedido por la misma corporación el 24 de agosto de 1992. Expediente 6754. Actor Henry Enrique Saltarín Monroy”.

*quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio.*

*Así las cosas, la tarea del juzgador resulta más ardua y exigente, pues es él quien debe establecer, en cada caso, cuál de las partes se encuentra en condiciones más favorables para demostrar cada uno de los hechos relevantes, en relación con la conducta del demandado, para adoptar la decisión<sup>38</sup>.*

Esto es, al reiterar la postura, la sección tercera hace derivar la tesis de la falla presunta que se exponía en la citada sentencia 6897 del 30 de julio de 1992 de la teoría de la carga dinámica de las pruebas, dándole, no obstante, un mayor alcance al que anteriormente tenía puesto que ahora se dice que es el juez quien determina en el caso concreto la procedencia de la inversión de la carga de la prueba, con base, ya no en la conducta procesal del prestador del servicio médico, si no a la mayor o menor dificultad de probar los hechos, lo que servirá como criterio para que el juez establezca si procede o no la inversión de la carga de la prueba.

La tesis de la carga dinámica de la prueba fue consolidada en las sentencias con radicado 13166<sup>39</sup> y 13284<sup>40</sup> del 22 de marzo de 2001, en las que sintetizó la nueva postura como sigue:

*“Puede afirmarse que en muchos eventos el demandante puede ser relevado por el juez de acreditar la falla del servicio médico, en aplicación del principio de la carga dinámica de las pruebas o bien a través de una inversión de la carga de las mismas, en consideración al alto grado de dificultad que representa para éste acreditar hechos de carácter científico o realizados en condiciones en las cuales únicamente el profesional médico pueda tener acceso a la información.*

---

<sup>38</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, Sección tercera, Sentencia del 10 de febrero de 2000. Radicación 11878.

<sup>39</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, Sección tercer, Sentencia del 22 de marzo de 2001. Radicación 13166. Clementina López Bautista Vs. Instituto de Seguros Sociales. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

<sup>40</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, Sección tercera, Sentencia del 22 de marzo de 2001. Radicación 13284. Jesús Alberto Rodríguez López y otra Vs. Hospital San Juan de Dios de Armenia y Otro. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

*De igual manera, en algunos eventos no se requerirá que la prueba aportada por el demandante genere certeza sobre la existencia de la relación causal, pues en consideración a la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados, el juez puede darla por establecida con la probabilidad de su existencia.*

*En todo caso, para que proceda la declaración de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico, el demandante debe acreditar la prestación del servicio médico asistencial o la omisión de dicha asistencia cuando ésta ha sido requerida y existía el deber de prestarla; así como el daño sufrido por esa causa<sup>41</sup>.*

Al leer estas sentencias puede observarse a qué resultados tan disímiles puede dar ésta doctrina puesto que en el primer caso citado, la sección tercera negó las pretensiones del actor por no demostrar la falla del servicio, ya que *“la negligencia en la atención del paciente alegada por la parte demandante no fue probada”<sup>42</sup>*, mientras que en la segunda se traslada la carga de la prueba a la entidad demandada puesto que se afirma que *“aunque se presuma la falla del servicio de las entidades demandadas, no es posible condenarlas a pagar los perjuicios sufridos por los demandantes con la muerte de su hija, porque no se acreditó el vínculo causal entre esta falla y el daño”<sup>43</sup>*, sin que sean claras las razones por las cuales se asignaron diferentes cargas probatorias a las partes.

La tesis de la carga dinámica de la prueba fue reiterada además en las sentencias 11901 del 14 de junio de 2001<sup>44</sup>, 12506 del 20 de septiembre de 2001<sup>45</sup>, 12818 del 21 de febrero de 2002<sup>46</sup>, sentencias 13122<sup>47</sup> y 13227<sup>48</sup> del 11 de abril de 2002 y en sentencia 14170 del 24 de febrero 2005<sup>49</sup>.

---

<sup>41</sup> *Ibídem.*

<sup>42</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, Sección tercera, Sentencia del 22 de marzo de 2001. Radicación 13166.

<sup>43</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, Sección tercera, Sentencia del 22 de marzo de 2001. Radicación 13284.

<sup>44</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, Sección tercera, Sentencia del 14 de junio de 2001. Radicación 11901. Walfredo Puello Royo Vs. Instituto de Seguros Sociales. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

<sup>45</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, Sección tercera, Sentencia del 20 de septiembre de 2001. Radicación 12506. Julio Manuel Bravo Minotta y otros Vs. Hospital Universitario del Valle “Evaristo García”. Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez.

<sup>46</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, Sección tercera, Sentencia del 21 de febrero de 2002. Radicación 12818. Noel Javier Ramírez y otros Vs. Instituto de Seguros Sociales. Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Aunque en las motivaciones expuestas en las providencias fundante y consolidadora de la línea se hace un esfuerzo por explicar la modificación de la teoría de la presunción de la falla del servicio en la mayor o menor facilidad probatoria que puede representar para alguna de las partes la demostración de la falla del servicio o de su inexistencia, no se expone como justificación de la variación de la postura la corrección de algún error en la teoría de presunción de la falla, como tampoco se esgrime que la postura anterior de la sección tercera resultaba violatoria del ordenamiento jurídico.

### 1.3 INVERSIÓN DE LA CARGA PROBATORIA

**1.3.1 Por razones de equidad y aligeramiento de la carga del nexa causal.** Mediante sentencia 11878 del 10 de febrero de 2000<sup>50</sup>, el Consejo de Estado sostuvo que *“habrá situaciones en las que, sin duda, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva”*<sup>51</sup>, introduciendo una nueva tesis en la carga dinámica de la prueba al establecer la excepcionalidad de la variación de la carga de la prueba, pero que no fue expuesta en dicha sentencia.

Posteriormente, en tres pronunciamientos del 22 de abril de 2004 (radicados 14080<sup>52</sup>, 14212<sup>53</sup>, 15196<sup>54</sup>), la Sección Tercera del Consejo de Estado, expuso la

---

<sup>47</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, Sección tercera, Sentencia del 11 de abril de 2002. Radicación 13122. Jorge Avelino Torres Parra y otros Vs. Hospital Universitario Federico Lleras Acosta de Ibagué. Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez.

<sup>48</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, Sección tercera Sentencia del 11 de abril de 2002. Radicación 13227. Margarita Álvarez Lozano y otros Vs. Hospital Universitario San Jorge de Pereira y otros. Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez.

<sup>49</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, Sección tercera Sentencia del 24 de febrero de 2005. Radicación 14170. Prospero Curcho Ávila y otros Vs. Hospital San Miguel de Tamara y otros. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>50</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, Sección tercera, Sentencia del 10 de febrero de 2000. Radicación 11878.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2004. Radicación 14080. Fanny de la Pava Vásquez y otros Vs. Hospital Universitario del Valle -Evaristo García. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

<sup>53</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2004. Radicación 14212. Carmen Elisa Rodríguez Celemin Vs. Ministerio de Salud. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

<sup>54</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2004. Radicación 15196. Lucelly Vargas De Cardona y otros Vs. Departamento de Antioquia. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

nueva tesis en el grado de facilidad que en un momento pueda tener alguna de las partes para probar, si no en la extraordinaria dificultad o imposibilidad de la víctima de probar la falla del servicio, es decir, que la víctima es quien debe demostrar la responsabilidad del Estado en la prestación del servicio médico asistencial, sólo que excepcionalmente puede invertirse la carga de la prueba por razones de equidad:

*“Así las cosas, se concluye que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial será carga de la parte demandante, **a menos que aquella resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y dicha carga se torne, entonces, excesiva. Sólo 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.”<sup>55</sup>*

En la sentencia 14696 del 1 de julio de 2004<sup>56</sup>, el Consejo de Estado expuso:

*“La Sala de que el caso concreto es uno de aquéllos en los que la demostración de los hechos que estructuran la falla, salvo en cuanto se refiere a la aplicación de la anestesia no indicada, resulta prácticamente imposible para la víctima, dado que se trata de acreditar la impericia en la práctica de un procedimiento que no fue realizado en presencia de otros profesionales distintos al directamente encargado del mismo, y sobre el cual no fue posible obtener mayor información en virtud de la falta de voluntad de la entidad demandada para aportar al proceso las pruebas respectivas. Sería procedente, en estas condiciones, con fundamento en la equidad, como criterio auxiliar de la actividad judicial, acudir, de manera excepcional, a la inversión del deber probatorio de dicho elemento de la responsabilidad, inaplicando el artículo 177 del C. de P. C., conforme a lo explicado en la primera parte de estas consideraciones, y presumir, entonces, que la administración de la anestesia local a la señora Jaimes de Mendoza se hizo con negligencia e impericia, por parte del anesthesiólogo del ISS que tuvo a su cargo el procedimiento”<sup>57</sup>.*

---

<sup>55</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2004. Radicación 14212. Negritas fuera de texto.

<sup>56</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 1 de julio de 2004. Radicación 14696. Carmen Sofía Jaimes de Mendoza Vs. Instituto de Seguros Sociales. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

<sup>57</sup> *Ibídem.*

En la sentencia 14786 del 28 de abril de 2005, se consolidó la nueva doctrina de inversión excepcional de la carga de la prueba sintetizándola como sigue:

*“La Sala ha precisado los criterios en materia de responsabilidad médica para señalar que: (i) Corresponderá al demandante probar la falla del servicio, salvo en los eventos en los cuales le resulte “excesivamente difícil o prácticamente imposible” hacerlo; (ii) de igual manera, corresponde al demandante aportar la prueba de la relación de causalidad, la cual podrá acreditarse mediante indicios en los eventos en los cuales le “resulte muy difícil-si no imposible-...la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar”; (iii) en la valoración de los indicios tendrá especial relevancia la conducta de la parte demandada, sin que haya lugar a exigirle en todos los casos que demuestre cuál fue la causa real del daño; (iv) la valoración de esos indicios deberá ser muy cuidadosa, pues no puede perderse de vista que los procedimientos médicos se realizan sobre personas que presentan alteraciones en su salud, y (v) el análisis de la relación causal debe preceder el de la falla del servicio”<sup>58</sup>.*

La postura de la procedencia excepcional de la inversión de la carga de la prueba fue reiterada en las sentencias 13542 del 13 de mayo de 2005<sup>59</sup>, 15276 del 14 de julio de 2005<sup>60</sup>, 14400 del 11 de mayo de 2006<sup>61</sup>, y 16700 del 28 de enero de 2009<sup>62</sup>.

Corolario de lo anterior, en los referidos pronunciamientos la carga argumentativa no satisface lo estipulado en artículo 4 de la Ley 169 de 1896 y la sentencia C-836 de 2001, es decir, que no se justifica la variación jurisprudencial respecto a la tesis de la carga dinámica de la prueba que se sostenía con anterioridad a la

---

<sup>58</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 28 de abril de 2005. Radicación 14786. Dalila Duica de Pereira Vs. Departamento del Magdalena-Hospital Central Julio Méndez Barreneche. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Negritas fuera de texto.

<sup>59</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 13 de julio de 2005. Radicación 13542 (R-1243). Ángela Patricia Gómez y otros Vs. Instituto de Seguros Sociales. Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>60</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 14 de julio de 2005. Radicación 15276 (R-1382). César Humberto Montoya Saldarriaga y otros Vs. Municipio de Santiago de Cali y otros. Consejero ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>61</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 11 de mayo de 2006. Radicación 14400. Lino Antonio Amortegui Guzmán y otros Vs. Nación-Ministerio de Defensa Nacional. Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>62</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 28 de enero de 2009. Radicación 16700. Germán Riveros Zarate y otros Vs. Instituto del Seguro Social-Seccional Meta. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

incipiente teoría flamante en la sentencia 11878 del 10 de febrero de 2000<sup>63</sup>, puesto que no se expone por qué se considera errónea la tesis de la carga dinámica de la prueba de acuerdo a la mayor o menor facilidad probatoria o conducta procesal, ni porque la tesis propuesta, según la cual la variación es excepcional y procede por razones de equidad, es más acorde con el ordenamiento jurídico.

**1.3.2 Acreditación de manera indirecta del nexo causal – grado suficiente de probabilidad.** La nueva tendencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado fue abandonar la teoría de la carga dinámica de la prueba, y retomó la carga probatoria de la víctima, admitiendo un cierto aligeramiento de la prueba, no solamente para probar la falla del servicio sino para probar el nexo causal entre dicha falla y el daño<sup>64</sup>:

*“La Sala cuestionó la aplicación generalizada de la presunción de la falla del servicio y señaló que dicha presunción no debía ser aplicada de manera general sino que en cada caso el juez debía establecer cuál de las partes estaba en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia. Dijo la Sala:*

*“..no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas y científicas. Habrá que valorar en cada caso, si estas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio.”<sup>65</sup>*

*Sin embargo, se advirtió en la práctica jurisprudencial que la aplicación de esa regla probatoria traía mayores dificultades de las que podría ayudar a solucionar, pues la definición de cuál era la parte que estaba en mejores condiciones de probar determinados hechos relacionados con la actuación médica, sólo podía definirse en el auto que decretara las pruebas y nunca en la sentencia. Lo contrario implicaría sorprender a las partes atribuyéndoles los efectos de las deficiencias probatorias, con fundamento en una regla diferente a la prevista en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, en un momento*

---

<sup>63</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, Sección tercera, Sentencia del 10 de febrero de 2000. Radicación 11878.

<sup>64</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2006. Radicación 15772. María Olga Sepúlveda Ramírez Vs. Hospital Ramón González Valencia. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio

<sup>65</sup> Nota del texto original: “Sentencia del 10 de febrero de 2000, exp: 11.878. En el mismo sentido, sentencia del 8 de febrero de 2001, exp: 12.792.”

*procesal en el que ya no tenían oportunidad de ejercer su derecho de defensa aportando nuevas pruebas.*

*Pero, señalar en el auto de decreto de pruebas la distribución de las cargas probatorias es en la práctica sumamente difícil, dado que para ese momento el juez sólo cuenta con la información que se suministra en la demanda y su contestación, la que regularmente es muy incipiente.*

*(...)*

*Por eso, de manera reciente la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño.*

*Se acoge dicho criterio porque además de ajustarse a la normatividad vigente (art. 90 de la Constitución y 177 del Código de Procedimiento Civil), resulta más equitativa. La presunción de la falla del servicio margina del debate probatorio asuntos muy relevantes, como el de la distinción entre los hechos que pueden calificarse como omisiones, retardos o deficiencias y los que constituyen efectos de la misma enfermedad que sufra el paciente. La presunción traslada al Estado la carga de desvirtuar una presunción que falló, en una materia tan compleja, donde el alea constituye un factor inevitable y donde el paso del tiempo y las condiciones de masa (impersonales) en las que se presta el servicio en las instituciones públicas hacen muy compleja la demostración de todos los actos en los que éste se materializa.*

*En efecto, no debe perderse de vista que el sólo transcurso del tiempo entre el momento en que se presta el servicio y aquél en el que la entidad debe ejercer su defensa, aunado además a la imposibilidad de establecer una relación más estrecha entre los médicos y sus pacientes, hace a veces más difícil para la entidad que para el paciente acreditar las circunstancias en las cuales se prestó el servicio. Por eso, el énfasis debe centrarse en la exigencia institucional de llevar las historias clínicas de manera tan completa y clara que su solo estudio permita al juez, con la ayuda de peritos idóneos si es necesario, establecer si hubo o no responsabilidad estatal en los daños que aduzcan sufrir los pacientes como consecuencia de la prestación del servicio médico.*

*La desigualdad que se presume del paciente o sus familiares para aportar la prueba de la falla, por la falta de conocimientos técnicos, o por las dificultades de acceso a la prueba, o su carencia de recursos para la práctica de un dictamen técnico, encuentran su solución en materia de responsabilidad estatal, gracias a una mejor valoración del juez de los medios probatorios que obran en el*

*proceso, en particular de la prueba indiciaria, que en esta materia es sumamente relevante, con la historia clínica y los indicios que pueden construirse de la renuencia de la entidad a aportarla o de sus deficiencias y con los dictámenes que rindan las entidades oficiales que no representan costos para las partes.<sup>66</sup>*

En nueva tesis adoptada fue sintetizada en sentencias del 15 de octubre de 2008<sup>67</sup>, 22 de mayo de 2008<sup>68</sup> y 15725 del 26 de marzo de 2008:

*“En consecuencia, como se viene exponiendo, para deducir la responsabilidad de las entidades estatales frente a los daños sufridos cuando medie una intervención médica, la víctima del daño que pretenda la reparación correrá con la carga de demostrar la falla en la atención y que esa falla fue la causa del daño por el cual reclama indemnización, es decir, debe probar: (i) el daño, (ii) la falla en el acto médico y (iii) el nexo causal. La demostración de esos elementos podrá lograrse mediante cualquier medio probatorio, siendo el indicio la prueba por excelencia en estos casos ante la falta de una prueba directa de la responsabilidad, dadas las especiales condiciones en que se encuentra el paciente frente a quienes realizan los actos médicos<sup>69</sup>”.*

En esta medida, en sentencia del 11 de mayo de 2011<sup>70</sup> el Consejo de Estado sostiene que la acreditación de la existencia del nexo causal, el juez podía “contentarse con la probabilidad de su existencia”<sup>71</sup>, es decir, que la relación de causalidad quedaba probada cuando los elementos de juicio que obraran en el

---

<sup>66</sup>CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2006. Radicación 15772. Negritas fuera de texto.

<sup>67</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 15 de octubre de 2008. Radicación 16270. Juan Bautista Cundumi y otros Vs. Dirección Departamental de Salud del Cauca. Consejera Ponente: Myriam Guerrero de Escobar.

<sup>68</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Auto del 22 de mayo de 2008. Radicación 26427. José Antonio Segura y otros e Instituto de Seguros Sociales. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>69</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 26 de marzo de 2008. Radicación 15725. Luís Antonio Alvarado Pantoja y otros Vs. Hospital Federico Lleras Acosta. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio

<sup>70</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 11 de mayo de 2011. Radicación 18792. Maria Bertilda Zapata Y Otros Vs. Caja Nacional De Previsión Social. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio

<sup>71</sup> Cfr. Ricardo de Ángel Yagüez. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño), Ed. Civitas S.A., Madrid, 1995, p. 42.

expediente conducían a “un grado suficiente de probabilidad”<sup>72</sup>, que permitían tenerla por establecida mediante la prueba indirecta, es decir, mediante indicios.<sup>73</sup>

*“La elección de esa teoría se ha hecho por considerar insatisfactoria la aplicación de otras, en particular, la de la equivalencia de las condiciones, según la cual basta con que la culpa de una persona haya sido uno de los antecedentes del daño para que dicha persona sea responsable de él, sin importar que entre la conducta culposa y el daño hubieran mediado otros acontecimientos numerosos y de gran entidad.*

*En varias providencias proferidas por la Sala se consideró que cuando fuera imposible demostrar con certeza o exactitud la existencia del nexo causal, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que probaran dicha relación, el juez podía “contentarse con la probabilidad de su existencia”<sup>74</sup>, es decir, que la relación de causalidad quedaba probada cuando los elementos de juicio que obraran en el expediente conducían a “un grado suficiente de probabilidad”<sup>75</sup>, que permitían tenerla por establecida.*

*De manera más reciente se precisó que la exigencia de “un grado suficiente de probabilidad”, no implica la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que haga posible imputar responsabilidad a la entidad que presta el servicio, sino que esta es una regla de prueba, con fundamento en la*

---

<sup>72</sup> *Ibidem*, págs. 77. La Sala acogió este criterio al resolver la demanda formulada contra el Instituto Nacional de Cancerología con el objeto de obtener la reparación de los perjuicios causados con la práctica de una biopsia. Se dijo en esa oportunidad que si bien no existía certeza “en el sentido de que la paraplejía sufrida...haya tenido por causa la práctica de la biopsia”, debía tenerse en cuenta que “aunque la menor presentaba problemas sensitivos en sus extremidades inferiores antes de ingresar al Instituto de Cancerología, se movilizaba por sí misma y que después de dicha intervención no volvió a caminar”. Por lo cual existía una alta probabilidad de que la causa de la invalidez de la menor hubiera sido la falla de la entidad demandada, probabilidad que además fue reconocida por los médicos que laboraban en la misma. Ver sentencia de 3 de mayo de 1999, exp. 11.169.

<sup>73</sup> *Ibidem*,

<sup>74</sup> Cfr. Ricardo de Ángel Yagüez. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño), Ed. Civitas S.A., Madrid, 1995, p. 42.

<sup>75</sup> *Ibidem*, págs. 77. La Sala acogió este criterio al resolver la demanda formulada contra el Instituto Nacional de Cancerología con el objeto de obtener la reparación de los perjuicios causados con la práctica de una biopsia. Se dijo en esa oportunidad que si bien no existía certeza “en el sentido de que la paraplejía sufrida...haya tenido por causa la práctica de la biopsia”, debía tenerse en cuenta que “aunque la menor presentaba problemas sensitivos en sus extremidades inferiores antes de ingresar al Instituto de Cancerología, se movilizaba por sí misma y que después de dicha intervención no volvió a caminar”. Por lo cual existía una alta probabilidad de que la causa de la invalidez de la menor hubiera sido la falla de la entidad demandada, probabilidad que además fue reconocida por los médicos que laboraban en la misma. Ver sentencia de 3 de mayo de 1999, exp. 11.169.

*cual el vínculo causal puede ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios*<sup>76</sup>.

*Así la Sala ha acogido el criterio según el cual para demostrar el nexo de causalidad entre el daño y la intervención médica, los indicios se erigen en la prueba por excelencia, dada la dificultad que en la mayoría de los casos se presenta de obtener la prueba directa. Indicios para cuya construcción resulta de utilidad la aplicación de reglas de la experiencia de carácter científico, objetivo o estadístico, debidamente documentadas y controvertidas dentro del proceso.”*

Del anterior análisis se colige que la Alta Corporación de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa justifico su cambio jurisprudencial en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 90 de la Constitución Política, agregando además que la aplicación del nuevo criterio resulta ser más equitativo, pero sin explicar con suficiente claridad por qué razón, como tampoco se explica por qué las razones de equidad que fueron esgrimidas para sustentar la variación de la carga de la prueba deben ceder a las razones de equidad que ahora también se invocan. En consecuencia, en esta oportunidad nuevamente el Consejo de Estado faltó al deber de justificar su cambio jurisprudencial de acuerdo a la situación social, por resultar errónea su doctrina anterior por contradicción con el ordenamiento jurídico o por cambio legislativo, de acuerdo a lo consagrado en la Sentencia C-836 de 2001.

---

<sup>76</sup> Ver, por ejemplo, sentencias de 14 de julio de 2005, exps: 15.276 y 15.332.

## 2. TABLAS LÍNEA JURISPRUDENCIAL

**Tabla. 1**

Carga probatoria de la víctima	Carga probatoria de la víctima- Acreditación de manera indirecta del nexo causal – grado suficiente de probabilidad	Carga probatoria de la víctima Por razones de equidad y aligeramiento de la carga del nexo causal.	Carga dinámica de la prueba	Carga de la prueba del prestador del servicio médico – (falla presunta)
<p>SENT. 5902 24/10/90-C.P. DR. GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO</p> <p>SENT. 6477 14/02/1992- C.P. DR. CARLOS BETANCUR JARAMILLO.</p>				<p>SENT. 6897 30/07/1992 C.P. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ</p> <p>SENT. 7274 13/08/1992 C.P. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ</p> <p>SENT. 6754 24/08/1992 C.P. CARLOS BETANCUR JARAMILLO</p> <p>SENT. 8025 30/07/1993 C.P. DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ</p> <p>SENT. 10251 4/07/1997 C.P. RICARDO HOYOS DUQUE</p>
			<p>SENT. 12655 7/10/1999 C.P. MARÍA ELENA GIRALDO G.</p>	

**Tabla. 2**

Carga probatoria de la víctima	Carga probatoria de la víctima- Acreditación de manera indirecta del nexo causal – grado suficiente de probabilidad	Carga probatoria de la víctima Por razones de equidad y aligeramiento de la carga del nexo causal.	Carga dinámica de la prueba	Carga de la prueba del prestador del servicio médico – (falla presunta)
			<p>SENT. 11878 10/02/2000 C.P. ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.</p> <p>SENT. 13166 y 13284 22/03/2001 C.P. RICARDO HOYOS DUQUE</p> <p>SENT. 11901 14/06/2001 C.P. ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ</p> <p>SENT. 12506 20/09/2001 C.P. ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ</p> <p>SENT. 12818 21/02/2002 C.P. ALIER E. HERNÁNDEZ ENRIQUEZ</p> <p>SENT. 13122 y 13127 11/04/2002 C.P. ALIER E. HERNÁNDEZ ENRIQUEZ</p>	<p>SENT. 12489 9/03/2000 C.P. MARIA ELENA GORALDO GOMEZ</p>

**Tabla 3.**

Carga probatoria de la víctima	Carga probatoria de la víctima- Acreditación de manera indirecta del nexo causal – grado suficiente de probabilidad	Carga probatoria de la víctima Por razones de equidad y aligeramiento de la carga del nexo causal.	Carga dinámica de la prueba	Carga de la prueba del prestador del servicio médico – (falla presunta)
			<p>AUTO 25416 10/06/2004 C.P. RICARDO HOYOS DUQUE</p>	
		<p>SENT. 14080, 14212, 15196 22/04/2004 C.P. ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ SENT. 14696 1/07/2004 C.P. ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ</p>	<p>SENT. 14170 24/02/2005 C.P. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA</p>	
		<p>SENT. 14786 28/04/2005 C.P. RUTH STELLA CORREA P.</p>		
		<p>SENT. 13542 13 /07/ 2005 C.P. RAMIRO SAAVEDRA B.</p>		
		<p>SENT.15276 14/07/2005 C.P. RUTH STELLA CORREA P.</p>		
		<p>SENT. 14400 11/05/2006 C.P. RAMIRO SAAVEDRA B.</p>		

**Tabla 4.**

Carga probatoria de la víctima	Carga probatoria de la víctima- Acreditación de manera indirecta del nexo causal – grado suficiente de probabilidad	Carga probatoria de la víctima Por razones de equidad y aligeramiento de la carga del nexo causal.	Carga dinámica de la prueba	Carga de la prueba del prestador del servicio médico – (falla presunta)
	<p>SENT. 15772 31/08/2006 C.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO</p> <p>SENT. 15725 26/03/2008 C.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO AUTO 26427 22/05/2008 C.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO</p> <p>SENT.16270 15/10/2008 C.P. MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR</p> <p>SENT. 16700 28/01/2009 C.P. MAURICIO FAJARDO GOMEZ.</p> <p>SENT.18364 19/08/2009 C.P. ENRIQUE GIL BOTERO</p> <p>SENT. 18100 3/02/2010 C.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO</p> <p>SENT. 18574 28/04/2010. C.P. RUTH STELLA CORREA P.</p>			

## CONCLUSIONES

El artículo 4 de la ley 169 de 1896 y la sentencia C-836 de 2001 establece unos parámetros mediante los cuales las Altas Corporaciones pueden cambiar el precedente jurisprudencial que se ha establecido, estos lineamientos son: cambio en la legislación, y cuando frente a unos mismos supuestos de hecho la Corte haya adoptado decisiones contradictorias.

El Consejo de Estado como Alta Corporación de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, no ha tenido un criterio uniforme durante la exposición de las tesis carga de la prueba que ha adoptado, y cada cambio de posición jurisprudencial ha faltado a la carga argumentativa exigida en el artículo 4 de la Ley 169 de 1896 y la sentencia c-836 de 2001, puesto que la variación jurisprudencial se ha sido realizado sobre el grado de dificultad o de favorecimiento que tenga una de las partes en probar los elementos de la responsabilidad estatal: el daño, el mal funcionamiento del servicio, y el nexo causal entre estos dos, para que prosperaran sus pretensiones.

Las tesis que han surgido dentro de la Sección Tercera del Consejo de Estado de acuerdo al problema jurídico planteado, no han obedecido a un criterio unificado puesto que se han sustentado varias teorías: en un principio se fundamentaban sobre la falla probada posteriormente y obedeciendo a un cambio radical se sustentó bajo la tesis de falla presunta; subsiguientemente sobre carga dinámica de la prueba; y finalmente con carga de la prueba a cargo de la victima con las variantes de inversión excepcional de la carga de la prueba por criterios de equidad y aligeramiento de la carga de la prueba del nexo causal.

Si bien existen varios pronunciamientos dentro de la Sección tercera del Consejo de Estado en relación con la carga de la prueba en responsabilidad estatal por prestación del servicio médico-asistencial los cuales han ido cambiando, estos no han sufrido un cambio radical, y en esta medida, solo se puede afirmar que con el fallo 6897 del 30 de julio de 1992<sup>77</sup> se presentó una reorientación fundamental en la línea jurisprudencial, pues solo en este momento se puede establecer que se abandono definitivamente la tesis de falla probada.

Del análisis jurisprudencial realizado se puede colegir que a la fecha no se encuentra unificado el criterio sobre la materia, que no obstante lo anterior, se puede afirmar la existencia de una tesis actual predominante la cual consiste en carga de la prueba a cargo de la victima pero admitiendo que por circunstancias extraordinarias el actor no está obligado a probar el nexo causal, sino que el juez,

---

<sup>77</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, Sentencia del 30 de julio de 1992. Radicación 6897.

en el caso en que por la naturaleza de las cosas, llegue a la convicción de que existe un *grado suficiente de probabilidad* el cual puede ser probado mediante la prueba indirecta, es decir, mediante indicios.

## BIBLIOGRAFÍA

Código Contencioso Administrativo

Código De Procedimiento Civil

Constitución Política.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. "Interpretación Constitucional". Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá,

PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Decima Quinta Edición. Ampliada y Actualizada. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.