

LA CARGA DE LA PRUEBA EN MATERIA MÉDICO ASISTENCIAL EN LA  
JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

Trabajo de Líneas Jurisprudenciales

MAGDA MILENA RAMÍREZ SAÑAZAR

JUAN NICOLÁS VALENCIA ROJAS

JAIVER CAMARGO ARTEAGA

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN

FACULTAD DE DERECHO

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL CONTEMPRÁNEO

MEDELLÍN

2010

## CONTENIDO

	Pag.
INTRODUCCIÓN	4
OBJETIVOS	10
FORMULACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO	11
1. INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA PARA DEMOSTRAR LA FALLA DEL SERVICIO. ATRIBUCIÓN A LA VÍCTIMA.	12
2. INVERSIÓN DINÁMICA DE LA CARGA PROBATORIA DE LA FALLA DEL SERVICIO.	18
3. PRUEBA DE LA RESPONSABILIDAD DEL PRESTADOR DEL SERVICIO MÉDICO A CARGO DE LA VÍCTIMA CON EXCEPCIONES POR EQUIDAD Y ALIGERAMIENTO DE LA CARGA DEL NEXO CAUSAL.	28
4. PRUEBA DE LA RESPONSABILIDAD DEL PRESTADOR DEL SERVICIO MÉDICO A CARGO DE LA VÍCTIMA CON ALIGERAMIENTO DE LA CARGA PROBATORIA.	34
5. PRIMEROS ESBOZOS DE UNA NUEVA TENDENCIA.	44
CONCLUSIONES	48

## LISTA DE TABLAS

	Pag.
Tabla. Cuadro de línea jurisprudenciales.	50

## RESÚMEN

**Título del trabajo:** LA CARGA DE LA PRUEBA EN MATERIA MÉDICO ASISTENCIAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

**Autores:** MAGDA MILENA RAMÍREZ SALAZAR, JUAN NICOLÁS VALENCIA ROJAS, JAIVER CAMARGO ARTEAGA

**Título otorgado:** ESPECIALISTAS EN DERECHO PROCESAL CONTEMPORÁNEO

**Asesor del trabajo:** MÓNICA MARÍA BUSTAMANTE RÚA

**Programa de donde egresa:** ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL CONTEMPORÁNEO

**Ciudad:** MEDELLÍN.

Desde el año de 1990, la jurisprudencia de la Sección Tercera ha transitado desde la tesis de la carga de la prueba en cabeza de la víctima, a través de las tesis de falla presunta, carga dinámica de la prueba, y excepcionalidad de la inversión de la carga de la prueba. Actualmente se encuentra en vigencia la tesis de la carga plena de la prueba a cargo de la víctima demandante, aceptando su aligeramiento a través de la prueba indiciaria, o a través de técnicas como *res ipsa loquitur* o la denominada “culpa virtual”.

Al momento de modificar su criterio, la Sección Tercera no ha cumplido con la carga argumentativa.

Los cambios en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado en relación con el problema jurídico planteado han ocurrido incrementalmente.

## INTRODUCCIÓN

El tema de la carga de la prueba en la materia de prestación de servicios médicos asistenciales es especialmente llamativo para los autores de este trabajo, la primera como abogada litigante, y los otros dos, como aspirantes al cargo de Juez Contencioso Administrativo.

La elección del tema surgió de la lectura de la sentencia 16700 del 28 de enero de 2009<sup>1</sup> en la que el Dr. Mauricio Fajardo Gómez hace un breve recuento de las diversas posturas que ha asumido el Consejo de Estado a través del tiempo sobre la carga de la prueba en la prestación de servicios médicos.

En principio, el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en materia contencioso administrativa en virtud del artículo 167 del Decreto 01

---

<sup>1</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.

de 1984, 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”.

No obstante, en materia de responsabilidad por la prestación del servicio médico la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, a quien corresponde el conocimiento en segunda instancia de los procesos de reparación directa de los tribunales administrativos (artículo 18 del Decreto 2288 de 1988), siendo la acción de reparación directa a la que deben concurrir las víctimas cuando sufren perjuicios por hechos u omisiones relacionados con la prestación de servicios de salud prestado por entidades estatales<sup>2</sup>, ha asumido la existencia de variaciones de la carga de la prueba.

Debido al constante replanteamiento del asunto por parte de la Sección Tercera del Consejo de Estado, se juzga necesario establecer el estado actual de la cuestión sin perder referencia a las soluciones dada por dicha sala en el pasado.

---

<sup>2</sup> Código Contencioso Administrativo. Artículo 86. ACCION DE REPARACION 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.

Lo anterior tiene importancia capital para la solución de casos judiciales, puesto que, como es sabido, 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>3</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:

---

<sup>3</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia C-836 del 9 de agosto de 2001, Expediente D-3374. Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL.

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>4</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>5</sup>

Por esto, además de establecer cual ha sido y cual es el estado actual de la jurisprudencia al respecto de la carga de la prueba en los casos de responsabilidad médica, también es importante establecer si la Sección Tercera del Consejo de Estado ha respetado los criterios expuestos por la Corte Constitucional en relación con la modificación de su propia jurisprudencia.

---

<sup>4</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>5</sup> Op. Cit.

Ahora bien, es cierto que muchos de los mencionados cambios en la jurisprudencia sobre la carga de la prueba en materia médica ocurrieron con anterioridad a la expedición de la C-836 de 2001. No obstante aún en esos casos es posible examinar si dicha sección justifica argumentativamente que su postura anterior fue “errónea”, tal como exige el artículo 4 de la Ley 169 de 1896.

La metodología a usar en este trabajo será la propuesta por el autor Diego Eduardo López Medina, para el análisis de precedentes jurisprudenciales<sup>6</sup>, adaptada a las particularidades propias a la jurisprudencia del Consejo de Estado, puesto que en algunas sentencias hace el recuento histórico de las diversas posiciones sobre el problema jurídico propuesto, suele omitir la cita de sentencias importantes.

La búsqueda se hizo en la página del Consejo de Estado<sup>7</sup>, en la página jurídica de lexbase<sup>8</sup>, haciendo uso también de la base de datos de sentencias del mencionado trabajo de líneas jurisprudenciales, que sirve de apoyo al presente trabajo.

---

<sup>6</sup> LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. “Interpretación Constitucional”. Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá, 2006. 182 Pgs.

<sup>7</sup> [www.consejodeestado.gov.co](http://www.consejodeestado.gov.co).

<sup>8</sup> [www.lexbase.com](http://www.lexbase.com)

Inicialmente se identificó la sentencia más reciente que trata explícitamente el problema jurídico<sup>9</sup>, en este caso, la sentencia 18574 del 22 de abril de 2010. Como quiera que dicha providencia no cita providencias que traten el problema jurídico de forma expresa, se buscaron sentencias que si lo tratasen, y se procedió a buscar y analizar las sentencias que éstas a su vez citaban<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 28 de abril de 2010. Radicación 18574. Baudilio Calderón y otros Vs. Nación-Ministerio de Trabajo -Instituto de Seguros Sociales. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>10</sup> Ver el anexo “Nicho Citacional”.

## **OBJETIVOS**

1. Describir los diferentes cambios en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado de Colombia sobre la carga de la prueba para la demostración de la responsabilidad del Estado en la prestación de servicios médicos asistenciales desde el año 1990 hasta la fecha.
2. Describir el estado actual de la cuestión de la jurisprudencia al respecto.
3. Determinar si el Consejo de Estado cumplió con la carga argumentativa e hizo uso de técnicas legítimas para la modificación de su propia jurisprudencia.
4. Establecer cuales han sido los patrones de cambio decisonal en la línea jurisprudencial.

## **FORMULACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO**

Para el cumplimiento de los objetivos propuestos es necesario precisar el problema jurídico tratado por la Sección Tercera del Consejo de Estado cuya resolución permitirá establecer de la línea jurisprudencial.

El problema jurídico será, entonces, según la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, si corresponde a la víctima demostrar todos los elementos de la responsabilidad médica de la entidad demandada en la prestación de servicios de salud.

## **1. INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA PARA DEMOSTRAR LA FALLA DEL SERVICIO. ATRIBUCIÓN A LA VÍCTIMA.**

1.1. En relación con el primer problema jurídico planteado, 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>1</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

---

<sup>1</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.

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>2</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>3</sup>, y se siguió fallando bajo la tesis de falla probada<sup>4</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 carga de la prueba, en cuanto a la demostración de dicha falla, al prestador del servicio médico.

---

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</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.

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

[P]or 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>5</sup>.

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

---

<sup>5</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.

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.

1.3. 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>6</sup>.

Luego, la postura fue ratificada en la sentencia 6754 del 24 de agosto de 1992<sup>7</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>8</sup>, como también en las sentencias 8025 del 30 de julio de 1993<sup>9</sup>, y 10251 del 4 de julio de 1997<sup>10</sup>.

---

<sup>6</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>7</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, 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>8</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.” *Ibidem*.

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, no solamente mayor facilidad que tiene el prestador del servicio de demostrar la inexistencia de la falla del servicio, si no también en la "orientación moderna de algunas legislaciones, que pretenden en los casos de los profesionales liberales atribuir a éstos la carga de la prueba de haber cumplido una conducta carente de culpa"<sup>11</sup>. Sin embargo, ésta última afirmación no se basa en un análisis de derecho comparado, si no en una cita doctrinaria en relación con el "Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial" de Argentina<sup>12</sup>.

---

<sup>9</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>10</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.

<sup>11</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, Sección tercera, Sentencia del 30 de julio de 1992, Radicación 6897.

<sup>12</sup> MORELLO; Augusto M. "La Prueba. Tendencias modernas", Editorial Platense - Abeledo - Perrot, 1991, Pgs. 84 y 85. Cita original de la sentencia 6897 del 30 de julio de 1992.

Tampoco se expone 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 qué la nueva tesis se acomoda mejor a dicho ordenamiento.

## **2. INVERSIÓN DINÁMICA DE LA CARGA PROBATORIA DE LA FALLA DEL SERVICIO.**

A finales de los años 90 del siglo pasado, la jurisprudencia de la Sección Tercera pasó de considerar que la falla del servicio se presume en el caso de los servicios médicos asistenciales, a establecer que la falla de servicio 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. A esta tesis se denominó como de la carga dinámica de la prueba.

Así, en sentencia del 7 de octubre de 1999<sup>1</sup>, la sección dijo lo siguiente:

[S]e 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

---

<sup>1</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.

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>2</sup>.

Valga anotar que en la anterior providencia, la sección halló probados “protuberantes descuidos, negligencias, falta de atención oportuna, demoras” por parte de la demandada, y recalcando de la demandada “su pasividad y falta de diligencia, en representar en el proceso la justificación de su

---

<sup>2</sup> Ibídem.

comportamiento”<sup>3</sup>, lo que implica un traslado a la entidad la demostración de la inexistencia de la falla del servicio.

El cambio de postura de una posición basada en la presunción de la falla del servicio a la carga dinámica fue explicado en dicha sentencia así:

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.

---

<sup>3</sup> Ibídem.

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>4</sup>.

Según el fallo citado, para que el prestador de servicios médicos se exonere de responsabilidad no es suficiente que demuestre diligencia y cuidado porque habrá situaciones en que su deber es de resultado. Por otra parte, la participación de múltiples agentes dificulta 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.

---

<sup>4</sup> Ibídem.

La nueva tesis no fue reiterada inmediatamente<sup>5</sup>, y hubo que esperar hasta el 10 de febrero de 2000<sup>6</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>7</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>8</sup>, donde se adoptó la tesis de la falla del servicio presunta<sup>9</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

---

<sup>5</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>6</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>7</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>8</sup> Nota del texto citado: “Expediente 6897”.

<sup>9</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”.

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 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>10</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,

---

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

lo que servirá como criterio para que el juez establezca si procede o no dicha inversión.

La tesis de la carga dinámica de la prueba fue consolidada en las sentencias con radicado 13166<sup>11</sup> y 13284<sup>12</sup> del 22 de marzo de 2001, en las que se sintetizó la nueva postura como sigue:

[P]uede 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.

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>13</sup>.

---

<sup>11</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>12</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.

<sup>13</sup> *Ibídem*.

Al leer las sentencias 13166 y 13284, 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>14</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>15</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>16</sup>, 12506 del 20 de septiembre de

---

<sup>14</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, Sección tercera, Sentencia del 22 de marzo de 2001. Radicación 13166.

<sup>15</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, Sección tercera, Sentencia del 22 de marzo de 2001. Radicación 13284.

<sup>16</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.

2001<sup>17</sup>, 12818 del 21 de febrero de 2002<sup>18</sup>, sentencias 13122<sup>19</sup> y 13227<sup>20</sup> del 11 de abril de 2002, hallándose una referencia en el auto de aprobación de conciliación del 10 de junio de 2004<sup>21</sup> y una tardía referencia más en la sentencia 14170 del 24 de febrero 2005<sup>22</sup>.

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

---

<sup>17</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>18</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.

<sup>19</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>20</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>21</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, Sección tercera, Auto del 10 de junio de 2004. Radicación 25416. José Wilson Ocampo Giraldo y otros y Nación- Ministerio de Defensa – Policía Nacional. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

<sup>22</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.

presunción de la falla, como tampoco se esgrime que la tesis anterior de la Sección Tercera resultaba violatoria del ordenamiento jurídico.

### **3. PRUEBA DE LA RESPONSABILIDAD DEL PRESTADOR DEL SERVICIO MÉDICO A CARGO DE LA VÍCTIMA CON EXCEPCIONES POR EQUIDAD Y ALIGERAMIENTO DE LA CARGA DEL NEXO CAUSAL.**

En tres sentencias del 22 de abril de 2004 (radicados 14080<sup>1</sup>, 14212<sup>2</sup>, 15196<sup>3</sup>), la Sección Tercera del Consejo de Estado introdujo una importante variación a su postura de la carga dinámica de la prueba al establecer la excepcionalidad de la variación de la carga de la prueba.

Dicha modificación surge de una nueva lectura de la sentencia 11878 del 10 de febrero de 2000<sup>4</sup>, la cual es citada textualmente, destacando el aparte que dice que “habrá situaciones en las que, sin duda, es el paciente quien se

---

<sup>1</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>2</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>3</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.

<sup>4</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, Sección tercera, Sentencia del 10 de febrero de 2000. Radicación 11878.

encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva”<sup>5</sup>.

Sin mayores explicaciones se formula la siguiente conclusión, que sin embargo no fue expuesta en la citada sentencia 11878, y que tampoco aparece en ninguna otra providencia basada tesis de la carga dinámica de la prueba:

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 aquélla 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>6</sup>

La anterior no es una simple reiteración de la tesis de la carga dinámica de la prueba. En efecto, mientras las sentencias fundantes de dicha tesis señalan que él juez es quien debe establecer, en cada caso, cuál de las partes se

---

<sup>5</sup>Ibídem.

<sup>6</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2004. Radicación 14212. Negritas fuera de texto.

encuentra en condiciones más favorables para demostrar los hechos relevantes sobre la responsabilidad, la nueva tesis señala que la inversión de la carga de la prueba es excepcional, y se basa, no en la 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.

Esto es, se regresa a la regla probatoria general contemplada en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, estableciendo 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.

En relación con la prueba del nexo causal, se cita textualmente lo dicho en la sentencia 14 de junio de 2001 (expediente 11901), según la cual “la causalidad debe ser siempre probada por la parte demandante y sólo es posible darla por acreditada con la probabilidad de su existencia, cuando la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos involucrados o la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación impidan obtener la prueba que demuestre con certeza su existencia”<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 14 de junio de 2001. Radicación 11901.

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:

[L]a 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>8</sup>.

La sentencia 14696 del 1 de julio de 2004<sup>9</sup>, constituye un claro ejemplo de la inversión excepcional de la carga de la prueba, que la Sección Tercera aplicó en aquella oportunidad como a continuación se expone:

---

<sup>8</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>9</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.

[L]a 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>10</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>11</sup>, 15276 del 14 de julio de 2005<sup>12</sup>, 14400 del 11 de mayo de 2006<sup>13</sup>, y 16700 del 28 de enero de 2009<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> *Ibíd.*

<sup>11</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>12</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.

No obstante, en las referidas sentencias, no se expone argumento alguno para justificar la variación jurisprudencial respecto a la tesis de la carga dinámica de la prueba que se sostenía con anterioridad a las citadas sentencias del 22 de abril de 2001.

El cambio, si bien sutil, no fue suficientemente argumentado en los términos del artículo 4 de la Ley 169 de 1896 y de la sentencia C-836 de 2001, 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.

---

<sup>13</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>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.

#### **4. PRUEBA DE LA RESPONSABILIDAD DEL PRESTADOR DEL SERVICIO MÉDICO A CARGO DE LA VÍCTIMA CON ALIGERAMIENTO DE LA CARGA PROBATORIA.**

En el año 2006, la Sección Tercera del Consejo de Estado de Estado, manteniendo su postura de que la carga de la prueba en materia de la prestación del servicio médico asistencial corresponde a la víctima, empezó a descartar la posibilidad de cualquier inversión, admitiendo, sin embargo, el aligeramiento de la carga probatoria.

Para justificar la negativa a admitir la inversión de la Carga de la Prueba, la sala expuso lo siguiente en Sentencia del 31 de agosto de 2006<sup>1</sup>:

[L]a 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:

---

<sup>1</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

“..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>2</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 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.

Los reparos anteriores han sido controvertidos por los defensores de la teoría de las cargas dinámicas de las pruebas, con fundamento en la existencia del deber de lealtad que asiste a las partes en el proceso, el cual les obliga a suministrar todos los medios de que disponen para acreditar la veracidad de los hechos y, en consecuencia, que bien puede el juez en la sentencia hacer correr a la parte negligente con los efectos adversos de su omisión probatoria.

---

<sup>2</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.”

Sin embargo, **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.**

(...)

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 conocimiento 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.

(...)

El volver a la exigencia de la prueba de la falla del servicio, como regla general, no debe llamar a desaliento y considerarse una actitud retrograda. Si se observan los casos concretos, se advierte que aunque se parta del criterio teórico de la presunción de la falla del servicio, las decisiones en la generalidad, sino en todos los casos, ha estado fundada en la prueba de la existencia de los errores, omisiones o negligencias que causaron los daños a los pacientes<sup>3</sup>.

Sobre la carga de la prueba del nexo causal se dijo en la misma oportunidad:

En cuanto a la prueba del vínculo causal, ha considerado la Sala que cuando resulte imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, 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 prueben dicha relación, “el juez puede

---

<sup>3</sup>CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2006. Radicación 15772. Negritas fuera de texto.

contentarse con la probabilidad de su existencia”<sup>4</sup>, es decir, que la relación de causalidad queda probada “cuando los elementos de juicio suministrados conducen a ‘un grado suficiente de probabilidad’”<sup>5</sup>, que permita tenerlo por establecido.

De manera más reciente se precisó que la exigencia de “un grado suficiente de probabilidad”, no implicaba la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que hiciera posible imputar a la entidad que prestara el servicio, sino que esta era una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal podía ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios<sup>6 y 7</sup>.

Esto es, en la anterior providencia la Sección Tercera del Consejo de Estado abandonó la teoría de la carga dinámica de las pruebas, 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>4</sup> Nota del texto original: “Cfr. RICARDO DE ANGEL 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>5</sup> Cita del texto original: “Ibídem, 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. Sentencia del 3 de mayo de 1999, exp: 11.169.”

<sup>6</sup> Cita del texto original: “Ver, por ejemplo, sentencias de 14 de julio de 2005, exps: 15.276 y 15.332.”

<sup>7</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2006. Radicación 15772.

El tema del aligeramiento de la carga probatoria no es novedoso. Tal como se explica en la ya citada sentencia 11901 del 14 de junio de 2001<sup>8</sup>, desde hace más de una década la jurisprudencia del Consejo de Estado había admitido la prueba indirecta para demostrar el nexo causal:

[S]e ha planteado un cierto aligeramiento de la carga probatoria del demandante, a quien, conforme a lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, corresponde demostrar los supuestos de hecho del artículo 90 de la Constitución Política, que sirve de fundamento a sus pretensiones.

Así, en sentencia del 3 de mayo de 1999, está Sala manifestó:

“En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño en los casos en que esté comprometida la responsabilidad profesional, 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 prueben dicha relación causal, se afirma que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esa materia “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia” (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. 77), es decir, que la relación de causalidad queda probada “cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad.” (ibídem, p. 77). Al respecto ha dicho la doctrina:

“En términos generales, y en relación con el ‘grado de probabilidad preponderante’, puede admitirse que el juez no considere como probado un hecho más que cuando está convencido de su realidad. En efecto, un acontecimiento puede ser la causa cierta, probable o simplemente posible de un determinado resultado. El juez puede

---

<sup>8</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, Sección tercera, Sentencia del 14 de junio de 2001. Radicación 11901.

fundar su decisión sobre los hechos que, aun sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que presentan un grado de probabilidad predominante. No basta que un hecho pueda ser considerado sólo como una hipótesis posible. Entre los elementos de hecho alegados, el juez debe tener en cuenta los que le parecen más probables. Esto significa sobre todo que quien hace valer su derecho fundándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un daño, no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica. Basta con que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe la prueba directa, llegue a la convicción de que existe una ‘probabilidad’ determinante”. (Ibídem, p. 78, 79)<sup>9</sup>.

En sentencia del 7 de octubre de 1999, la Sala expresó que, “...aceptada la dificultad que suele presentarse en la demostración directa de la causalidad en materia médica, puede probarse indirectamente-indiciariamente—...”<sup>10</sup>. Y en el mismo sentido, precisó posteriormente lo siguiente:

“...de acuerdo con los criterios jurisprudenciales reseñados, la causalidad debe ser siempre probada por la parte demandante y sólo es posible darla por acreditada con la probabilidad de su existencia, cuando la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos involucrados o la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación impidan obtener la prueba que demuestre con certeza su existencia”<sup>11</sup>.

Se observa, conforme a lo anterior, que, tratándose de la relación de causalidad, no se plantea la inversión-ni siquiera eventual- del deber probatorio, que sigue estando, en todos los casos, en cabeza del demandante. No se encuentra razón suficiente para aplicar, en tales situaciones, el citado principio de las cargas probatorias dinámicas. Se acepta, sin embargo, que la demostración de la causalidad se realice de manera indiciaria, siempre que, dadas las circunstancias del caso, resulte muy difícil-si no imposible- para el demandante, la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar.

---

<sup>9</sup> Nota del texto original: “Expediente 11.169”.

<sup>10</sup> Nota del texto original: “Expediente 12.655”

<sup>11</sup> Nota del texto original: “Sentencia del 22 de marzo de 2001, expediente 13.284”

En la valoración de estos indicios tendrá especial relevancia el examen de la conducta de las partes, especialmente de la parte demandada, sin que pueda exigírsele, sin embargo, que demuestre, en todos los casos, cuál fue la causa del daño, para establecer que la misma es ajena a su intervención. En efecto, dadas las limitaciones de la ciencia médica, debe aceptarse que, en muchas ocasiones, la causa de la muerte o el empeoramiento del paciente permanece oculta, aun para los propios médicos<sup>12</sup>.

Lo innovador es que dicho aligeramiento probatorio se admita para demostrar la falla del servicio dentro de la exigencia de la carga de la prueba por parte de la víctima.

En la sentencia 15725 del 26 de marzo de 2008, se sintetizó la nueva tesis sobre las cargas de probatoria en materia de responsabilidad médica:

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

---

<sup>12</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, Sección tercera, Sentencia del 14 de junio de 2001. Radicación 11901.

condiciones en que se encuentra el paciente frente a quienes realizan los actos médicos<sup>13</sup>.

El 19 de agosto de 2009, la misma sección recordó que son admisibles otras formas de aligeramiento probatorio:

[L]a sala ha admitido la posibilidad de emplear los sistemas de aligeramiento probatorio de *res ipsa loquitur* (las cosas hablan por sí solas) o culpa virtual (*faute virtuelle*), en aquellos eventos en los que el daño padecido es de tales proporciones y se produce en unas circunstancias particulares que se acorta el recorrido causal y la culpa se entiende probada. De otro lado, se ha avalado la existencia de un indicio de falla a partir de la acreditación de que el embarazo se desarrolló en términos normales y que fue al momento del alumbramiento que se produjo el daño.”<sup>14</sup>

La postura que radica en la víctima la carga de la prueba fue reiterada además en las sentencias del 15 de octubre de 2008<sup>15</sup>, 3 de marzo de 2010<sup>16</sup>,

---

<sup>13</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>14</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 2009. Radicación 18364. Glueimar Echeverry Alegría y otros Vs. Instituto de Seguros Sociales. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

<sup>15</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>16</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 3 de marzo de 2010. Radicación 18100. Blanca Alcira Robles de Ulloa y otros Vs. Bogotá D.C. Consejera Ponente: Ruth Estella Correa Palacio.

y del 28 de abril de 2010<sup>17</sup> y hay referencias a ella en el auto de aprobación de conciliación del 22 de mayo de 2008<sup>18</sup>.

Para la época en que se acogió la tesis de la carga de la prueba en cabeza de la víctima con aligeramiento probatorio, ya había sido expedida la Sentencia C-836 de 2001, según la cual las altas cortes pueden modificar sus precedentes jurisprudenciales si se justifica la modificación por cambio de la situación social, por resultar errónea su doctrina anterior por contradicción con el ordenamiento jurídico o por cambio legislativo.

Sin embargo, la Sección Tercera no basó la adopción de la postura en algún cambio de la situación social o en cambio de la legislación. La sección invocó 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.

---

<sup>17</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 28 de abril de 2010. Radicación 18574. Baudilio Calderón y otros Vs. Nación-Ministerio de Trabajo -Instituto de Seguros Sociales. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>18</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.

## **5. PRIMEROS ESBOZOS DE UNA NUEVA TENDENCIA.**

En la citada sentencia del 28 de abril de 2010<sup>1</sup>, el Consejero de Estado ENRIQUE GIL BOTERO aclaró su voto, en documento en el que señala lo siguiente:

En el tema de la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico- sanitario, del que trata la sentencia respecto de la cual aclaró voto-, he señalado que no existe una línea jurisprudencial que brinde claridad a los operadores jurídicos, en relación con cuáles son los títulos de imputación aplicables en asuntos de esta naturaleza; al respecto he señalado:

2.1. El criterio jurisprudencial que parte del hecho de admitir la dificultad probatoria que le asiste, en determinados eventos, a los demandantes en materia médica, es digno de reconocimiento.

2.2. El hecho de reconocer la existencia del indicio de falla, desde mi criterio, constituye un sistema de aligeramiento probatorio que va tan allá como el de las fronteras trazadas por la falla presunta y, por consiguiente, comparto el hecho de que se edifique un modelo a partir del cual sea el profesional médico quien deba acreditar que su actuar fue diligente y cuidadoso.

Me aparto eso sí, de manera respetuosa, de entender que a partir de un único indicio de responsabilidad, se pueda derivar una plena prueba de la imputación fáctica en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado; lo anterior, por cuanto, si bien acepto que el

---

<sup>1</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera. Sentencia del 28 de abril de 2010. Radicación 18574.

mal denominado nexo causal pueda ser acreditado a partir de indicios, no debe olvidarse que para que la prueba indirecta sea plena prueba se requiere que los indicios sean convergentes y conducentes, es decir que la pluralidad de indicios (hechos inferidos) se dirijan a un mismo punto. En consecuencia, la Sala debería retornar a la teoría de la falla presunta, sin tener que efectuar giros argumentativos como los que se vienen presentando, en la medida que el indicio único de falla no es otra cosa distinta a una presunción judicial de falla, que debe ser desvirtuada en los términos del artículo 1604 del C.C.

En efecto, el indicio al que se ha hecho referencia, realmente envuelve una falla presunta y, por lo tanto, debería resultar aplicable a cualquier tipo de especialidad médica.

2.3. En consecuencia, comparto todos aquellos sistemas de aligeramiento o alivianamiento probatorio, salvo el de las cargas probatorias dinámicas porque requiere de una regulación legal expresa (audiencia especial de distribución probatoria)<sup>2</sup>, motivo por el cual he defendido la teoría de la falla presunta, así como el instrumento de la res ipsa loquitur, para definir la responsabilidad del Estado en materia médico- hospitalaria, y todos los esquemas que en esta materia de una u otra forma consagran o permitan esa facilidad probatoria, con garantía de los derechos al debido proceso y de defensa, sin que el juez tenga la posibilidad de sorprender probatoriamente a las partes.

Conceptualmente definiendo la teoría de la falla presunta o el indicio de falla, como quiera que estoy convencido de que el galeno, en los términos del artículo 1604 del C.C., debe ser quien está obligado a probar que su actuar fue diligente y cuidadoso, toda vez que la prueba de la diligencia y cuidado corresponde a quien ha debido emplearlos.

2.4. La teoría de la falla presunta se acomoda más a las exigencias probatorias imperantes en este tipo de procesos, ya que el demandante debe probar el daño antijurídico y la imputación fáctica, mientras que el demandado requiere acreditar un actuar diligente y cuidadoso para romper la presunción judicial que recae en relación con el elemento falla.

---

<sup>2</sup> Nota del texto original: “Tal y como lo he sostenido en foros académicos y que, por cuestiones metodológicas, no paso a explicar en esta ocasión.”

(...)

En el caso particular el daño fue causado con una bolsa de agua caliente, mientras el menor lesionado se encontraba en una unidad neonatal; el uso de ese objeto sin duda creó un riesgo excepcional que la víctima no estaba en el deber jurídico de soportar, por lo que debió aplicarse, en el caso concreto, un régimen objetivo de responsabilidad; la Sala, en otros eventos ha admitido la posibilidad de fundamentar la responsabilidad de la administración en un título de esa naturaleza.

Propone, entonces, el Dr. GIL BOTERO un retorno a la falla presunta, que implica el traslado de la carga de la prueba de diligencia y cuidado a la entidad demandada, y la liberación a la víctima de la carga de probar la falla del servicio en aquellos casos en los que se trate de un riesgo excepcional. No obstante, no expone algún argumento legítimo para la modificación de la jurisprudencia imperante según los criterios expuestos en la sentencia C-836 de 2001, puesto que la propuesta no se basa en la modificación de las condiciones sociales, ni mucho menos en cambio legislativo, como tampoco se demuestra que la tesis imperante es contraria al ordenamiento jurídico ni que la tesis de la falla presunta no lo es.

Llama la atención en la citada aclaración de voto el tema de la responsabilidad objetiva, régimen de responsabilidad que permite obviar toda prueba de la falla del servicio. El asunto ya había sido tratado con anterioridad, pero sin derivar consecuencias jurídicas de ello.

En efecto, en la citada sentencia de 10251 del 4 de julio de 1997<sup>3</sup> se admitió en un *obiter dicta*, fundamentado en el fallo Bianchi del Consejo de Estado Francés<sup>4</sup>, que cuando el acto diagnóstico o tratamiento representa un riesgo de realización excepcional, y sin embargo el daño se concreta, que “la responsabilidad hospitalaria, que en principio sólo se compromete frente a una falla del servicio probada o presunta, puede comprometerse también en forma excepcional por riesgo.”<sup>5</sup>

Apunta todo lo anterior al nacimiento de una incipiente tendencia doctrinaria dentro del seno de la sección tercera, que en algún momento podría llegar a ser acogida mayoritariamente, retornando a la presunción de la falla de servicio, admitiendo inclusive, ciertos eventos en los que no se requiera prueba de dicha falla, para determinar la responsabilidad del Estado.

---

<sup>3</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, Sección tercera, Sentencia del 4 de septiembre de 1997. Radicación 10251.

<sup>4</sup> FRANCIA. CONSEIL D'ETAT. Statuant au Contentieux 69336. Arret. Lecture du 9 avril 1993, M. Bianchi Vs. L'assistance publique à Marseille. En <http://www.lexinter.net> (16/08/2010 1:50 PM)

<sup>5</sup> La citada sentencia de 10251 del 4 de julio de 1997 asume casi textualmente la tesis expuesta en el citado fallo Bianchi del Consejo de Estado Francés, que deriva la responsabilidad del Estado un riesgo de realización excepcional en la prestación del servicio médico:

*“[L]orsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé, la responsabilité du service public hospitalier est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état, et présentant un caractère d'extrême gravité”*

## CONCLUSIONES

1. Desde el año de 1990, la jurisprudencia de la Sección Tercera ha transitado desde la tesis de la carga de la prueba en cabeza de la víctima, a través de las tesis de falla presunta, carga dinámica de la prueba, y excepcionalidad de la inversión de la carga de la prueba.

Actualmente se encuentra en vigencia la tesis de la carga plena de la prueba a cargo de la víctima demandante, aceptando su aligeramiento a través de la prueba indiciaria, o a través de técnicas como *res ipsa loquitur* o la denominada “culpa virtual”.

2. Al momento de modificar su criterio, la Sección Tercera no ha cumplido con la carga argumentativa que le corresponde para demostrar que su postura inmediatamente anterior es errónea, en los términos del artículo 4 de la Ley 169 de 1886.

Luego de la expedición de la sentencia C-836 de 2001<sup>1</sup>, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha venido introduciendo importantes variaciones a sus posturas jurisprudenciales anteriores sin basarse en los criterios de cambio de la situación social ni de cambio legislativo. Al modificar su postura doctrinara, la sección tampoco explica con suficiente rigor argumentativo en porqué se considera que las tesis inmediatamente anteriores contradicen el ordenamiento jurídico.

3. Los cambios en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado en relación con el problema jurídico planteado han ocurrido incrementalmente, esto es, de forma paulatina, mediante sucesivas reorientaciones de la línea, que se consolidan y que luego sufren leves modificaciones. Solo cuando se adoptó la tesis de la falla presunta con la sentencia 6897 del 30 de julio de 1992 se presentó una reorientación radical de la línea jurisprudencial<sup>2</sup>, al abandonar la postura de la falla probada.

---

<sup>1</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia C-836 del 9 de agosto de 2001.

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativa, Sentencia del 30 de julio de 1992. Radicación 6897.

## TABLA LÍNEAS JURISPRUDENCIALES

1				
Carga probatoria de la víctima	Carga probatoria de la víctima (falla probada)– flexibilidad probatoria	Carga probatoria de la víctima (falla probada) – inversión excepcional por equidad	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><i>(formula la tesis de falla presunta, pero decide como falla probada)</i> →</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>	

2				
Carga probatoria de la víctima	Carga probatoria de la víctima (falla probada)– flexibilidad probatoria	Carga probatoria de la víctima (falla probada) – inversión excepcional por equidad	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. 12489 9/03/2000 C.P. MARIA ELENA GORALDO GOMEZ</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>	

3				
Carga probatoria de la víctima	Carga probatoria de la víctima (falla probada)– flexibilidad probatoria	Carga probatoria de la víctima (falla probada) – inversión excepcional por equidad	Carga dinámica de la prueba	Carga de la prueba del prestador del servicio médico – (falla presunta)
			AUTO 25416 10/06/2004 C.P. RICARDO HOYOS DUQUE	
		SENT. 14080, 14212, 15196 22/04/2004 C.P. ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ		
		SENT. 14696 1/07/2004 C.P. ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ		
			SENT. 14170 24/02/2005 C.P. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA	
		SENT. 14786 28/04/2005 C.P. RUTH STELLA CORREA P.		
		SENT. 13542 13 /07/ 2005 C.P. RAMIRO SAAVEDRA B.		
		SENT.15276 14/07/2005 C.P. RUTH STELLA CORREA P.		
		SENT. 14400 11/05/2006 C.P. RAMIRO SAAVEDRA B.		

4				
Carga probatoria de la víctima	Carga probatoria de la víctima (falla probada)- flexibilidad probatoria	Carga probatoria de la víctima (falla probada) – inversión excepcional por equidad	Carga dinámica de la prueba	Carga de la prueba del prestador del servicio médico – (falla presunta)
	SENT. 15772 31/08/2006 C.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO			
	SENT. 15725 26/03/2008 C.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO			
	<i>AUTO 26427</i> 22/05/2008 C.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO			
	SENT.16270 15/10/2008 C.P. MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR			
		SENT. 16700 28/01/2009 C.P. MAURICIO FAJARDO GOMEZ.		
	SENT.18364 19/08/2009 C.P. ENRIQUE GIL BOTERO			
	SENT. 18100 3/02/2010 C.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO			
	SENT. 18574 28/04/2010. C.P. RUTH STELLA CORREA P.			ACLARACIÓN DE VOTO ENRIQUE GIL BOTERO 18574